# Wirksamwerden und Verhindern des Wirksamwerdens einer Willenserklärung.

---

## Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät der Königlichen Universität Marburg

vorgelegt von

**Heinz Mühlhoff**

Referendar aus Remscheid.

**Borna-Leipzig**

Buchdruckerei Robert Noske

1913.

Referent: Professor Dr. Fr. André.

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41556031_0072

# Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

1. Begriff der Willenserklärung . . . . . 2
2. Arten der Willenserklärungen . . . . . 3

Erster Teil.

**Das Wirksamwerden der richtungsbedürftigen Willenserklärung.**

A. Allgemeines . . . . . 7
B. Was bedeutet das Zugehen einer Willenserklärung.
   1. Geschichtlicher Überblick . . . . . 9
   2. Begriffsbestimmung . . . . . 12
C. Verwertung des Begriffes „Zugehen“ für die verschiedenen Erklärungsarten.
   1. Wirksamkeit der schriftlichen Willenserklärung unter Abwesenden . . . . . 18
   2. Wirksamkeit der mündlichen unter Abwesenden . . . . . 19
   3. Wirksamkeit der mündlichen unter Anwesenden . . . . . 21
   4. Wirksamkeit der schriftlichen unter Anwesenden . . . . . 23
   5. Wirksamkeit der durch technische Hilfsmittel vermittelten Willenserklärung . . . . . 25
D. Unwirksamwerden einer Willenserklärung durch Widerruf . . . . . 26
E. Einfluß von Geschäfts- und Verfügungsunfähigkeit auf die Wirksamkeit . . . . . 27

Zweiter Teil.

**Verhindern des Wirksamwerdens einer Willenserklärung.**

A. Allgemeines . . . . . 33
B. Die einzelnen Theorien.
   1. Fiktionstheorie (§ 162 BGB. Habicht) . . . . . 34
   2. Theorie der Analogie nach den Bestimmungen des Annahmeverzuges bei einer Leistung (Habicht, Titze) . . . . . 38
   3. Theorie der Analogie nach § 530 Abs. 2 BGB. (Wendt, v. Blume) 41
   4. Theorie der Anwendung von Treu und Glauben . . . . . 44
   5. Lösung auf Grund der §§ 121 und 149 BGB. . . . . 46
   6. Theorie des Schadensersatzes.
      a) Unerlaubte Handlung, § 823 BGB. (Breit) . . . . . 48
      b) Nach § 249 BGB. (Planck) . . . . . 50
C. Eigene Lösung . . . . . 51

# Literaturverzeichnis.


**Bähr,** Über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. In der Kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 30.

**Bekker,** Sprachliches und Sachliches zum Bürgerlichen Gesetzbuch. In Jherings Jahrbüchern Bd. 49.

**Bernhöft,** Das bürgerliche Recht. 2. Aufl. 1904.

**Bieber,** Der Zugang empfangsbedürftiger Willenserklärungen.

**Biermann,** Bürgerliches Recht. Bd. 1. Berlin 1908.

**Binder,** Rechtsstellung des Erben.

**v. Blume,** Die Versäumnis des Empfangs von Willenserklärungen. In Jherings Jahrbüchern Bd. 51.

**Breit,** Zur Lehre vom Rechtsgeschäft. Im Sächsischen Archiv Bd. 13 u. 15.

**Breit,** Die Verhinderung der Vollziehung einer Willenserklärung. In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung 71 Jahrg. Nr. 21.

**Cosack,** Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 4. Aufl. Jena 1903.

**Crome,** System des deutschen bürgerlichen Rechts.

**David,** Verhinderung bei Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung. In Gruchots Beiträgen Bd. 46.

**Dernburg,** Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. (Lehrbuch Bd. 1.) 3. Aufl. Halle 1906.

**Eck,** Vorträge.

**Eltzbacher,** Die Handlungsfähigkeit nach dem deutschen bürgerlichen Recht. Bd. 1. 1903.

**Endemann,** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 9. Aufl Berlin 1903.

**Engelmann,** Das bürgerliche Recht Deutschlands. 4. Aufl. Berlin 1906.

**Enneccerus,** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Marburg 1909.

**Enneccerus,** Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. Marburg 1888/89.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

**Fischer-Henle,** Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. 7. Aufl. 1906.

**Gareis,** Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1900.

**Gottschalk,** Die empfangsbedürftige Willenserklärung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

**Habicht,** Die Verhinderung der Abgabe einer Willenserklärung. In der Deutschen Juristenzeitung 1901.

**Hachenburg,** Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge. 2. Aufl. Mannheim 1900.

**Hellmann,** Vorträge. In Jherings Jahrbüchern Bd. 42 S. 412ff.

**Hellwig,** Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. Leipzig 1903.

**Hölder,** Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. München 1900.

**Hölder,** Der Zugang der Willenserklärungen im Bürgerlichen Gesetzbuche. In der Deutschen Juristenzeitung 1901.

**Hölder,** Zur Theorie der Willenserklärung. Festschrift für Degenkolb. 1905.

**Hölder,** Zum Allgemeinen Teile des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 73. Freiburg.

**Isay,** Die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts. 1899.
**Kohler,** Über den Vertrag unter Abwesenden. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd 1.
**Koppers,** Die Vollendung empfangsbedürftiger mündlicher Willenserklärungen. In Gruchots Beiträgen Bd. 46 S 225 ff.
**Krückmann,** Verhinderung des Vertragsabschlusses. Im Recht Bd. 15.
**Kunstmann,** Das Zugehen der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung nach §§ 130, 131 BGB. 1906
**Landau,** Die vom Adressaten vereitelte Willenserklärung. Göttingen 1905.
**Leonhard,** Die Wahl bei Wahlschuld. In Jherings Jahrbüchern Bd. 41.
**Leonhard, R.,** Der Al gemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches in seinem Einfluß auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft. Berlin 1900.
**Manigk,** Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.
**Maas,** Der Vertragsschluß auf elektrischem Wege. Berlin 1889.
**Matthiaß,** Lehrbuch.
Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
**Neumann,** Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. § 130 A 1 a.
**Niendorff,** Mietrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 8. Aufl. Berlin 1907.
**Oertmann,** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. (2. Aufl. des Kommentars von Gareis.) Berlin 1903.
**Oertmann,** Zugehen und Vernehmen Im Recht 10. Jahrg. 1912.
**Planck,** Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. 1903.
Protokolle der Kommission für ein Bürgerliches Gesetzbuch.
**Regelsberger,** Pandekten.
**Regelsberger** im Bankarchiv Bd. 9 Nr. 18.
**Rehbein,** Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. 1. Berlin 1899.
**Schöller** in Gruchots Beiträgen Bd. 46.
**Schneider,** Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches S. 201. München 1902
**Sames,** Der Ferndrucker als Übermittler von Willenserklärungen. In der Deutschen Juristenzeitung 1904 S 1197.
**Seckel,** Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts. Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin für Koch. Berlin 1903.
**Seufferts** Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. München und Berlin.
**Siecke,** Was bedeutet das Zugehen bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen? 1905.
**Staub,** Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen. Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag. Berlin 1902.
**Staudinger,** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
**Titze,** Der Zeitpunkt des Zugehens bei empfangsbedürftigen schriftlichen Willenserklärungen In Jherings Jahrbüchern Bd. 47.
**Wendt,** Unterlassungen und Versäumnisse. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 92 S. 1 ff.
**Windscheid,** Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1 8. Aufl. 1900, 9. Aufl. 1906.
**Zitelmann,** Das Rechtsgeschäft im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1889.
**Zitelmann,** Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Allgemeiner Teil. Leipzig 1900.
**Zitelmann,** Internationales Privatrecht. Bd. 2. 1. Hälfte. Leipzig 1898.

# Einleitung.

Den Ausgangspunkt unserer Untersuchung bildet § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB., welcher lautet:

> „Eine Willenserklärung, die einem Anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie ihm zugeht".

Mit der Einführung dieser Bestimmung bezweckte man, dem Streit der Meinungen über den Zeitpunkt des Wirksamwerdens einer Willenserklärung aus dem gemeinen Rechte ein Ende zu machen, indem man den Zeitpunkt des Zugehens dafür festsetzte. Indessen erkennt man bei näherer Prüfung des Paragraphen, der nur einen Teil der Willenserklärungen umfaßt, daß dieser Zweck nicht in völlig befriedigender Weise erreicht worden ist. Insbesondere haben sich an § 130 Satz 1 zwei wichtige Streitfragen geknüpft, nämlich:

1. Wann ist eine Willenserklärung zugegangen oder allgemeiner, wann wird eine Willenserklärung wirksam?
2. Wie ist der Erklärende zu schützen, wenn der Adressat das Wirksamwerden der Willenserklärung verhindert?

Da diese Fragen von großer praktischer wie theoretischer Bedeutung sind, weil sich nach ihrer Lösung der Zeitpunkt für die Entstehung und den Untergang von Rechten bestimmt, so habe ich mir als Aufgabe gestellt, eine kritische Übersicht der mannigfachen Meinungen und Theorien in Literatur und Rechtsprechung zu geben; daran anschließend soll versucht werden, einen Weg zur Lösung der Fragen zu weisen.

Bevor wir uns aber dem eigentlichen Gegenstande unserer Abhandlung zuwenden, scheint es mir notwendig, den Begriff der „Willenserklärung" festzustellen; ferner auch die für diese Arbeit wesentliche Einteilung der Willenserklärungen zu erörtern; denn die Ursache der außerordentlich mannigfachen Ansichten über das Wirksamwerden und vor allem über das Verhindern des Wirksamwerdens einer Willenserklärung ist nicht zuletzt in der verschiedenartigen Auffassung der Grundbegriffe von der Willenserklärung selbst zu suchen.

### 1. Begriff der Willenserklärung.

Rechtsgeschäft und Willenserklärung sind nach dem Sprachgebrauche des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Mittel, wodurch die Rechtsordnung dem Menschen die Macht gibt, seine Rechtsverhältnisse nach seinem Willen zu gestalten, begrenzt durch die Interessen der Allgemeinheit.

Wie aber unterscheiden sich Rechtsgeschäft und Willenserklärung?

Das Gesetz selbst gibt darüber keinen Aufschluß, gebraucht der Gesetzgeber doch häufig — vielleicht veranlaßt durch die bisherige gemeinrechtliche Lehre — diese beiden Begriffe als gleichbedeutend, während er andererseits einen Abschnitt mit „Rechtsgeschäfte", einen anderen mit „Willenserklärungen" betitelt, offenbar also einen Unterschied machen will. Auch eine Definition gibt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht. Indessen ist aus der Definition der Motive (Bd. 1 S. 126) zu entnehmen, daß man die Willenserklärung als einen Teil des Rechtsgeschäftes betrachtet, sie aber regelmäßig mit diesem identifiziert.

Es ist als richtig anzuerkennen, daß die Willenserklärung einen notwendigen Teil, und zwar das Hauptelement des Rechtsgeschäftes darstellt, es ist aber irrig, die beiden Begriffe gleichzustellen. Rechtsgeschäft ist vielmehr ein Gesamttatbestand, der außer der Willenserklärung noch andere Tatbestandsmerkmale haben kann und der von der Rechtsordnung als Grund für den Eintritt der als gewollt bezeichneten Rechtswirkung anerkannt ist. (So Enneccerus Bd. 1 S. 334; ähnlich Staudinger Vorbem. zu § 103 S. 344.)

Es ist allerdings möglich, daß der Tatbestand nur eine Willenserklärung enthält, z. B. bei der Kündigung; in diesen Fällen allein könnte man von Rechtsgeschäft oder Willenserklärung sprechen.

Über den Begriff der Willenserklärung schweigt das Gesetz ebenfalls.

Das Reichsgericht (Bd. 58 S. 346) hat eine Definition dahin abgegeben, daß Willenserklärungen solche Erklärungen sind, die eine ihrem Inhalt kongruente Rechtsfolge vermöge der die Wirksamkeit des Parteiwillens in gewissen Grenzen aner-

kennenden Gesetzesmacht hervorzubringen bestimmt sind; mit anderen Worten also die auf Hervorbringung einer Rechtswirkung gerichteten Privatwillensäußerungen. Die Rechtsordnung erkennt hier also grundsätzlich die rechtserzeugende Kraft des Parteiwillens auf dem Gebiet des Privatrechts an. Es handelt sich dabei um irgendwelche wahrnehmbare Betätigungen des menschlichen Willens, die sowohl im Tun als auch Unterlassen bestehen können. Wesentlich ist der Willenserklärung der Geschäftswille, jedoch braucht dieser Wille nicht alle Rechtsfolgen zu umfassen, die sich in Wirklichkeit unmittelbar oder mittelbar daran anschließen.

Dieser Geschäftswille oder Willensentschluß kann aber erst dann von Bedeutung sein, wenn er auf eine im Rechtsverkehr verständliche Weise erkennbar geworden ist. Es muß also ein bestimmtes äußeres Verhalten des Wollenden vorliegen, das auf den Geschäftswillen schließen läßt, gleichgültig ob die Erklärung, d. h. die Äußerung des Willens ausdrücklich unmittelbar oder stillschweigend mittelbar erfolgt. Ob beide Arten für unsere Abhandlung in Frage kommen, ist später zu untersuchen.

Das äußere Verhalten ist aber nur dann als eine Willensäußerung anzusehen, wenn der Äußernde sich bewußt ist, daß daraus auf den Geschäftswillen geschlossen werden kann; den Erklärungswillen braucht er deshalb nicht zu haben.

Unter einer Willenserklärung verstehen wir also:

> „Jede Privatwillensäußerung, bei der der Erklärende sich bewußt ist, daß aus seinem äußeren Verhalten auf das Vorhandensein eines Geschäftswillens geschlossen werden kann".

Nun kann diese Willenserklärung unter Umständen anfechtbar oder nichtig sein; solche Fälle müssen wir aber von unserer Betrachtung ausschalten, denn § 130 BGB. setzt eine rechtsgültige Willenserklärung voraus.

### 2. Arten der Willenserklärungen.

Es ist aber zu berücksichtigen, daß § 130 nur von solchen Willenserklärungen handelt, „die einem anderen gegenüber" abzugeben sind. Aus diesen Worten geht klar hervor, daß der Gesetzgeber die Willenserklärungen, die an einen bestimmten Gegner gerichtet sind, von denen, bei denen eine bestimmte Person fehlt, scheiden will.

Die ersteren nennen Praxis und Literatur nach Zitelmanns Beispiel (Das Rechtsgeschäft im Entwurf eines BGB. Bd. 1 S. 22) „empfangsbedürftige" Willenserklärungen. Diese Bezeichnung kann indessen zu Mißverständnissen führen; denn nach dem Sinne des Wortes „Empfang" sollte man annehmen, es wäre eine Tätigkeit des Adressaten erforderlich, was nicht zutrifft, von Zitelmann selbst übrigens auch keineswegs behauptet wird. Es ist vielmehr allein notwendig, daß die sogen. empfangsbedürftige Willenserklärung im Augenblick der Vornahme an einen bestimmten Gegner gerichtet ist, daß sie ein bestimmtes Ziel hat. Deshalb möchte ich mich auch statt des mißverständlichen „empfangsbedürftig" des in der Literatur schon vorgeschlagenen „richtungsbedürftig" und „nichtrichtungsbedürftig" bei der Unterscheidung der Willenserklärungen bedienen. Eine neue Ausdrucksweise, wie „zielbedürftige" Willenserklärungen, einzuführen, würde der Klärung der Begriffe nicht dienlich sein; außerdem trifft das Wort „richtungsbedürftig" völlig das Wesentliche einer Willenserklärung, die „einem anderen gegenüber abzugeben" ist.

Obgleich das Gesetz offenbar diese Unterscheidung macht, wie z. B. in den §§ 122, 123, 151 BGB., wird sie von einigen Schriftstellern bekämpft; aber deshalb nur, weil sie unter „Willenserklärung" etwas anderes verstehen, wie oben festgestellt worden ist. Manigk (Willenserklärung und Willensgeschäft 1907) behauptet z. B., jeder Willenserklärung sei der Kundgebungszweck wesentlich, sie müsse also stets an bestimmte Gegner gerichtet sein, eine Willenserklärung ohne Erklärungsgegner sei undenkbar, sei keine Willenserklärung, sondern ein Willensgeschäft, § 130 BGB. infolgedessen auch auf alle Willenserklärungen anwendbar. Auch Hellmann (in Jherings Jahrb. Bd. 42 S. 412 ff.) und Binder (Rechtsstellung des Erben S. 94 Anm. 70), dieser allerdings mit gewissen Einschränkungen, sind dieser Ansicht beigetreten. Ersterer beruft sich u. a. darauf, daß das Gesetz mit der Ausdrucksweise „einem anderen gegenüber" nicht den oben angenommenen Unterschied bezeichnen will, sondern nur die Willenserklärung, die „einem anderen" gegenüber abgegeben wird, in Gegensatz setzt zu der an eine „Behörde" gerichteten. — Dies ist aber nicht der Fall. Das Gesetz wollte vielmehr die Ausnahme, die vielfach für den Verkehr mit einer Behörde gilt, durch die Bestimmung des § 130 Abs. 3 beseitigen. Die Einteilung der Willenserklärungen im Sinne des § 130 BGB., wie diese Schriftsteller sie aufstellen, ist zu verwerfen; denn sie widerspricht nicht allein dem Willen des Gesetzgebers, sondern sie führt auch in ihrer An-

wendung zu unausgleichbaren Widersprüchen mit anderen Gesetzesvorschriften, die nur bei der von uns angenommenen Unterscheidung zu verstehen sind.

Wir kommen also zu dem Ergebnis:

§ 130 handelt nur von den richtungsbedürftigen Willenserklärungen an eine oder mehrere bestimmte Personen. Dabei kommen sowohl einseitige Willenserklärungen als auch Verträge in Betracht, letztere insoweit nicht Sondervorschriften Platz greifen.

Fraglich ist nur, ob auch sogen. stillschweigende Willenserklärungen einem anderen gegenüber abgegeben werden können. Diese Frage ist zu verneinen, wenn man an dem Gegensatz zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärungen festhält. Verwirft man aber den innerlich kaum haltbaren Gegensatz und erblickt man in der stillschweigenden Willenserklärung ein Verhalten, das, nach Verkehrsgrundsätzen beurteilt, zum Schluß auf den Willen zwingt (sogen. indirekte Willenserklärung), so ist die Antwort zweifelhaft. Der 1. Entwurf in § 74 bejahte die Frage ausdrücklich, jedoch schon die 2. Kommission ließ sie unentschieden, weil es dabei allein auf den einzelnen Fall ankomme.

Begrifflich ist zur Abgabe einer Willenserklärung an einen anderen die Absicht erforderlich, die Erklärung zur Kenntnis des anderen zu bringen, und sie wird bei den meisten stillschweigenden Willenserklärungen fehlen. Denkbar ist aber andererseits doch, daß auch eine solche Willenserklärung zur Wahrnehmung des anderen gebracht werden soll. Es gibt also auch richtungsbedürftige stillschweigende Willenserklärungen.

§ 130 beschränkt sich ferner auf solche richtungsbedürftige Willenserklärungen, die einem Abwesenden abzugeben sind. Was bedeutet hier das Wort abwesend, sind z. B. zwei Personen, die sich durch Fernsprecher oder Flaggenzeichen verständigen, an- oder abwesend im Sinne des § 130?

Die Frage ist von großer Bedeutung und bedarf daher einer näheren Erörterung.

Anwesend im eigentlichen Sinne sind zwei Personen dann, wenn sie sich beide in Person in solcher räumlicher Nähe befinden, daß sie sich unter normalen Umständen ohne Aufwendung besonderer Mittel verständigen können; abwesend dann, wenn dies nicht der Fall ist. Hiernach wären ohne Zweifel zwei Personen, die sich durch Fernsprecher oder durch Flaggenzeichen verständigen, als abwesend zu bezeichnen.

Eine solche Einschränkung des Begriffes an- oder abwesend kann der Gesetzgeber aber nicht im Auge gehabt haben.

Ihre Anwendung erklärt sich auch nur aus der geschichtlichen Entwicklung. Die Unterscheidung zwischen anwesend und abwesend hat nämlich ihren Ursprung im ältesten Recht. Zu jener Zeit, wo der Rechtsverkehr sich meist mündlich abspielte und sich erst allmählich der schriftliche Verkehr einbürgerte, war die Unterscheidung in dem angeführten Sinne wohl gerechtfertigt; ebenso auch noch während der Zeit des gemeinen Rechts, wenigstens bis auf die letzte Zeit. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat nun diese Begriffe, die einst zutrafen, zwar übernommen; sie verlangen aber mit Rücksicht auf die mannigfachen Verständigungsmittel des modernen Verkehrslebens eine derartig weite Ausdehnung ihrer eigentlichen Bedeutung, daß deren Elemente kaum noch zu erkennen sind.

Auf jede mögliche Weise hat man versucht, eine für alle Fälle erschöpfende Definition dieser Begriffe zu finden. So hat man die räumliche Entfernung, die Hörweite, die Sehweite zum Begriffsmerkmal machen wollen; aber alle Versuche sind ohne einen befriedigenden Erfolg geblieben.

Man darf m. E. nicht so weit gehen wie z. B. Hölder (Komm. z. BGB. S. 290), der eine Erklärung unter Abwesenden dann als vorliegend ansehen will, wenn sie nach dem Willen ihres Urhebers zur Kenntnis ihres Empfängers gelangen soll durch einen ihrer Abgabe nachfolgenden Vorgang. Denn dann muß man als abwesend eine Person bezeichnen, der eine Willenserklärung durch einen Brief von Hand zu Hand übermittelt wird. Durch eine solche Auslegung würde der Begriff in sein Gegenteil verkehrt, was zweifellos dem Willen des Gesetzgebers nicht entsprechen dürfte. Bei einer Bestimmung des Begriffes ist von seiner eigentlichen Bedeutung auszugehen. Demnach würde ich unter Berücksichtigung der oben genannten Definition sagen:

Anwesend im Sinne des § 130 ist dann der Adressat, wenn für ihn die Möglichkeit besteht, sich sofort nach Abgabe der Willenserklärung zu äußern und der Erklärende imstande ist, sich selbst von dieser Möglichkeit zu überzeugen.

Abwesend ist er dann, wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen.

Diese Auslegung findet eine gewisse Stütze im Gesetz, indem es im § 147 bestimmt, daß ein telephonisch übermittelter Vertragsantrag einem solchen unter Anwesenden gleichgestellt werden soll. Wenn auch aus dieser Einzelvorschrift nicht ohne weiteres zu folgern ist, daß überhaupt die telephonische Übermittlung von Willenserklärungen solchen unter Anwesenden gleichgestellt werden solle, da diese Bestimmung einem für die

Offerte maßgebenden Gesichtspunkte, der Möglichkeit sofortiger Annahme, entspringt, so ist m. E. doch eine analoge Ausdehnung dieser Bestimmung in der geschehenen Weise gerechtfertigt, mag man sie nun, wie einige Schriftsteller, durch Verallgemeinerung oder, wie andere, damit begründen, daß die Unmittelbarkeit des Verhandelns dem unter Anwesenden sehr nahe kommt. Voraussetzung ist allerdings, daß stets ein Verhandeln zwischen Erklärendem und Adressaten persönlich stattfindet. Dabei ist nicht zu leugnen, daß der Einwand, den z. B. Planck (Komm. Bem. 3 zu § 130) erhebt, berechtigt ist, daß man sich nämlich oft, z. B. bei telephonischen Gesprächen, über die Identität des Gegners nicht vergewissern kann. Das Gesetz hat sich aber in jenem sehr wichtigen Falle über das Bedenken hinweggesetzt; deshalb liegt kein Grund vor, dies bei minder wichtigen Fällen nicht zu tun, zumal dieser Umstand in Wirklichkeit selten wesentliche Folgen haben wird. Ferner ist nicht zu bestreiten, daß unsere Definition nicht alle Fälle zweifelsfrei aufklärt. Trotzdem möchte ich einstweilen daran festhalten, weil das Gesetz nun einmal die Unterscheidungen zwischen Willenserklärungen unter Anwesenden und Abwesenden eingeführt hat.

Andere Schriftsteller, in der neuesten Zeit sehr viele, finden das Unterscheidungsmerkmal darin, ob die Willenserklärung schriftlich oder mündlich abgegeben wird. Es ist zugegeben, daß meist schriftliche Erklärungen mit solchen unter Abwesenden übereinstimmen, mündliche mit solchen unter Anwesenden, wie denn z. B. Enneccerus (Lehrb. S. 377, 378) und Matthiaß (Lehrb. §§ 185 u. 187) ohne weiteres diese Unterscheidungsmerkmale identifizieren, jedoch gibt es auch vielfach mündliche Erklärungen unter Abwesenden und schriftliche unter Anwesenden. Nur danach, ob die ersteren wie mündliche Erklärungen unter Anwesenden grundsätzlich zu behandeln sind, was erst später zu untersuchen ist, richtet sich unsere Stellungnahme zu der Frage, ob man das Unterscheidungskriterium in abwesend und anwesend oder schriftlich und mündlich suchen muß.

Erster Teil.

# Das Wirksamwerden der richtungsbedürftigen Willenserklärung.

## A. Allgemeines.

Die im § 130 BGB. erwähnte richtungsbedürftige Willenserklärung wird wirksam, wenn sie dem anderen zugeht.

Es ist zunächst die Frage zu erörtern, was unter dem Wirksamwerden zu verstehen ist, da über diesen Begriff in der Literatur keineswegs Einigkeit herrscht. Hierbei sind zunächst zwei Begriffe zu trennen, nämlich die „Vollendung“ oder „Gültigkeit“ von der „Wirksamkeit“ der Willenserklärung. Einige Schriftsteller, wie z. B. Hölder (Komm. Anm. 4 zu § 130), Crome (System § 88) und Enneccerus (Lehrb. Anm. 2 zu § 150) rechnen zum Begriff „Vollendung“ auch das Zugehen; denn Vollendung eines Erklärungsaktes soll der Zeitpunkt sein, in dem der volle Tatbestand erfüllt ist, den das Gesetz für seine Wirksamkeit verlangt.

Andere, so Eck (Vorträge S. 165), Dernburg (Lehrb. § 132 II, 1) u. a. m., sehen in dem Zugehen nicht sowohl das Erfordernis der Vollendung als vielmehr nur der Wirksamkeit, ein zur Erklärung hinzukommendes weiteres Tatbestandsmoment.

Diese Ansicht ist nach meinem Dafürhalten die richtige. Wenn das Gesetz in § 130 Abs. 2 bestimmt, daß der Tod oder die Geschäftsunfähigkeit des Erklärenden, wenn sie nach der Abgabe der Erklärung eintreten, ohne Einfluß auf ihre Wirksamkeit bleiben sollen, so kann man sich dieses nur erklären, wenn etwas Ganzes vorhanden ist, das wirken kann. Einem Stückwerk kann solche Wirkung nicht zugesprochen werden, dem mit dem Tode des Erklärenden das erste Erfordernis einer vollendungsfähigen Erklärung fehlte. Eine Erklärung, die zugehen soll, muß erst selbst vorhanden sein.

Demnach ist eine Willenserklärung vollendet mit der Abgabe, d. h. mit dem Augenblick, wo der Erklärende alles seinerseits Erforderliche getan hat, um der Erklärung eine von sich unabhängige Existenz zu geben, um der Außenwelt erkennbar zu machen, daß er seine Gewalt über die Erklärung aufgegeben hat.

Die Abgabe in dieser Form würde für nichtrichtungsbedürftige Erklärungen zur Vollendung genügen; bei den für unsere Abhandlung in Betracht kommenden richtungsbedürftigen kommt aber hinzu, daß der Erklärende das seinerseits Erforderliche getan haben muß, damit die Erklärung einem bestimmten Gegner zugehen kann. Ob sie wirklich zugeht, hat mit der Frage der Vollendung nichts zu tun; es muß die Absicht des Erklärenden darauf gehen, daß sie zugeht, und es genügt, daß sie nach dem Verhalten des Erklärenden unter normalen Verhältnissen zugegangen sein würde. Wirft z. B. der Mieter den an den Vermieter gerichteten Kündigungsbrief in den Postkasten, so ist damit die Willenserklärung vollendet, mag auch der Brief auf der Post verloren gehen.

Der Erklärungsgegner kann eine einzige oder auch mehrere Personen, eine Privatperson oder eine Behörde sein. Die Erklärung kann sogar an eine zurzeit noch unbestimmte Person gerichtet sein (Crome, System Bd. 1 S. 392), die durch ein nachträgliches Ereignis bestimmt werden soll. Dies ist z. B. der Fall, wenn bei einer Zeitungsexpedition eine Offerte unter Chiffre hinterlegt wird.

Erforderlich für das Wirksamwerden einer Willenserklärung ist ferner, daß sie in geeigneter Weise dem anderen übermittelt wird. Das Mittel muß verkehrsüblich sein. Es ist daher z. B. unzulässig, die Annahme einer Offerte einem deutschen Kaufmann in einer fremden Sprache zu erklären, wenn der Annehmende ein Deutscher ist und die fremde Sprache nicht versteht; selbst stenographiert würde heute noch eine solche Erklärung als nicht verkehrsüblich gelten und daher unwirksam sein. Selbstverständlich heilt das Einverständnis des Gegners solche Mängel in der Art der Erklärungsübermittlung.

Endlich muß der Gegner eine gewisse physische und geistige Wahrnehmungsfähigkeit besitzen, damit die Erklärung ihre Wirksamkeit erlangt. Davon ist aber erst später im einzelnen zu sprechen.

Als letztes Erfordernis der Wirksamkeit kommt in Betracht, daß die bereits vollendete, d. h. also die an einen bestimmten Gegner gerichtete Willenserklärung dem anderen zugeht.

Damit sind wir zu dem eigentlichen Gegenstande unserer Abhandlung gekommen. Die folgenden Abschnitte werden die Fragen behandeln, was unter dem „Zugehen" zu verstehen ist, ob das Zugehen zum Wirksamwerden für alle Arten von Willenserklärungen erforderlich und genügend ist und in welchem Zeitpunkte das Zugehen oder die Wirksamkeit bei den einzelnen Arten eingetreten ist.

## B. Was bedeutet das Zugehen einer Willenserklärung?

### 1. Geschichtlicher Rückblick.

Um ein klares Bild von der überaus bestrittenen Lehre von dem Zugehen einer Willenserklärung zu geben, insbesondere auch davon, wie der Begriff in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen wurde, erscheint mir ein kurzer Rückblick auf die geschichtliche Entwicklung dieser Lehre wesentlich.

Rechtsbegriffe und Theorien waren im römischen Recht noch wenig ausgebildet, aus dem einfachen Grunde, weil es solcher in seiner kasuistischen Methode nicht bedurfte. So vermissen

wir auch allgemeine Bestimmungen über das uns hier interessierende Thema. Die meisten Rechtsgeschäfte spielten sich zunächst unter Anwesenden mündlich ab, so daß man im corpus juris wenig über die unter Abwesenden findet. Erst mit der Entwicklung der Verkehrsmittel, mit dem Aufschwung des Handels und der Technik und der so verursachten Rechtsentwicklung, also im gemeinen Recht, begann der Streit der Meinungen über den Zeitpunkt der Vollendung der Willensübereinstimmung der Vertragschließenden; denn auch jetzt beschäftigte man sich, wie im römischen Recht, fast nur mit Verträgen.

Da die Quellen wenig Anhaltspunkte boten, so ist es erklärlich, daß sich Stimmen fanden, die das Wirksamwerden in jedem nur möglichen Augenblick als eingetreten ansehen wollten. Nur so versteht man es, daß die vier Theorien, nämlich die Äußerungs-, Übermittlungs-, Empfangs- und Vernehmungstheorie und die aus ihnen zusammengesetzten jede ihren Vertreter gefunden hat, und daß keine bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches zur Herrschaft gelangt ist, auch trotz der Kodifikation in einzelnen Staaten.

Als die natürlichste unter diesen Theorien erscheint die Vernehmungstheorie. Denn will ich mit einem anderen einen Vertrag schließen, so will ich auch, daß mein Gegner den Antrag vernimmt, wie ich seine Annahme des Antrages. Erst wenn der Gegner den Antrag kennt, kann ich verlangen, daß er darauf die Annahme erklärt, und erst, wenn ich die Annahme kenne, darf ich den Vertrag als geschlossen betrachten, weil erst dann das Bewußtsein der Willensübereinstimmung vorliegt. Bei mündlichen unter Anwesenden abgeschlossenen Verträgen ist diese Erwägung zutreffend und theoretisch wie praktisch gerechtfertigt. Die Anwendung dieser Theorie auf Verträge unter Abwesenden ergibt fast unüberwindliche praktische Hindernisse. Der Offerent einer Vertragsofferte würde in solchem Falle der Willkür des Akzeptanten preisgegeben sein, indem dieser den Zeitpunkt des Vernehmens der Offerte, also ihr Wirksamwerden, nach Belieben legen könnte. Man kann aber dem Offerenten nicht zumuten, sich einer solchen Ungewißheit auszusetzen.

In richtiger Erkenntnis der Unbilligkeit der Vernehmungstheorie in solchen Fällen haben sich manche Schriftsteller zur Annahme des entgegengesetzten Extrems verleiten lassen. Sie behaupten, eine Willenserklärung sei schon dann wirksam, wenn der Erklärende sie geäußert habe. Zwar erkennen die Vertreter dieser Theorie die Unbilligkeit an, die darin liegt, daß der Adressat unter Umständen eine Erklärung gegen sich gelten lassen muß, von der er gar nichts weiß, sie begegnen diesem

Vorwurf aber damit, daß der Adressat im Falle eines etwaigen Widerrufs günstiger stehe, was für den Offerenten jedoch die größte Härte bedeutet. Solche Unbilligkeiten in dieser Weise gegeneinander aufzuheben, widerspricht indessen dem Wesen der Rechtswissenschaft.

Einen den Bedürfnissen des wirtschaftlichen und Verkehrslebens entsprechenden juristisch möglichen Ausgleich suchte man in der Übermittlungstheorie. Danach verlangte man zum Wirksamwerden einer Willenserklärung, daß der Erklärer seinen Willen geäußert und das von seiner Seite Erforderliche getan hat, daß der Erklärung die Richtung an den Adressaten gegeben ist und unter normalen Verhältnissen ihn auch erreicht. Der größte Mangel dieser Theorie ist der, daß überhaupt für keinen Fall mit Sicherheit der Zeitpunkt festzustellen ist, in dem die Erklärung „übermittelt" ist.

Die Theorie endlich, welche die praktischen Bedürfnisse des Lebens am meisten berücksichtigt und auch zuletzt im gemeinen Rechte in Praxis und Wissenschaft herrschend war, ist die Empfangstheorie. Sie legt keinen einheitlichen Standpunkt fest, sondern macht den Oberbegriff des Zugehens auf die meisten Fälle anwendbar. Diese Theorie sucht dem natürlichsten Erfordernis zur Wirksamkeit einer Willenserklärung, nämlich dem Vernehmen durch den Gegner, möglichst nahezukommen, andererseits aber auch die Härten, die sich aus der Vernehmungstheorie für den Erklärenden ergeben, zu umgehen. Sie verlangt zur Wirksamkeit für den Erklärungsgegner die Möglichkeit, von der Willenserklärung Kenntnis zu nehmen, soweit diese Möglichkeit und aus ihr die Pflicht zur Kenntnisnahme nach den Anschauungen des Verkehrs als vorliegend angesehen werden muß.

Schon das alte Handelsgesetzbuch stand auf dem Boden der Empfangstheorie, indem es (Art. 320 u. 321) einen Vertrag dann als zustande gekommen gelten ließ, wenn die Annahmeerklärung bei dem Antragsteller eingegangen war. Indessen war daran die eigentümliche Rückwirkung geknüpft, daß, wenn der Vertrag so zustande gekommen war, als Zeitpunkt seines Wirksamwerdens der Augenblick angesehen wurde, in dem die Erklärung zum Zwecke der Absendung abgegeben war.

Eine Entscheidung führte erst das Bürgerliche Gesetzbuch herbei, indem es, wenigstens für einen Teil der Willenserklärungen, eine Theorie festlegte. Zwar neigte zunächst die Kommission für den Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Annahme der Vernehmungstheorie als der natürlichsten, jedoch führten die schon oben erwähnten praktischen Bedenken zur Empfangs-

theorie; allerdings nur für richtungsbedürftige Willenserklärungen unter Abwesenden. Trotz des Widerspruches zahlreicher Gegner dieser Theorie, die besonders darauf hinwiesen, daß oft der Adressat eine Willenserklärung gegen sich gelten lassen müsse, von der er schuldlos keine Kenntnis erlangt habe, hielt der 2. Entwurf die Empfangstheorie aufrecht. Man berief sich auf die günstigen praktischen Ergebnisse, die man mit Anwendung dieser Theorie erzielt hatte, und darauf, daß die von dem Gegner befürchteten Härten in Wirklichkeit fast kaum vorkämen.

Die 1. Kommission hatte unter Rücksichtnahme auf das Schutzbedürfnis des Adressaten dem Absender die Verpflichtung auferlegen wollen, sich bei dem Adressaten über die konkrete Möglichkeit seiner Kenntnisnahme zu vergewissern; dagegen erforderte die 2. Kommission nur, daß die Willenserklärung so an den Adressaten gerichtet würde, daß er sie unter normalen Umständen nach der Erfahrung des Lebens hätte vornehmen können. So wurde man auch dem Schutzbedürfnis des Absenders gerecht.

Und in dieser Form hat das Bürgerliche Gesetzbuch auch die Empfangstheorie aufgenommen, allerdings mit der wesentlichen Ausdehnung der Geltung für Verträge auf einseitige richtungsbedürftige Willenserklärungen und der Einschränkung andererseits auf Willenserklärungen unter Abwesenden. So blieb die Regelung der Frage des Wirksamwerdens der anderen Willenserklärungen der Wissenschaft und Praxis überlassen.

### 2. Begriffsbestimmung.

Bei der Aufstellung der Begriffsbestimmung ist die gleichmäßige Berücksichtigung der Interessen des Erklärenden und des Adressaten von ausschlaggebender Bedeutung.

Prüfen wir zunächst, welche Forderungen im Interesse des Adressaten erfüllt sein müssen.

Der Empfangsbedürftigkeit einer Willenserklärung liegt der gesetzgeberische Gedanke zugrunde, dem Empfänger die Kenntnis der Erklärung zu verschaffen. Dieser Zweck ist der überall leitende Grundsatz. Wenn nun auch das Gesetz die Wahrnehmung selbst nicht für erforderlich erklärt, so verlangt die Empfangsbedürftigkeit doch, daß dem Adressaten wenigstens die Möglichkeit der Kenntnisnahme verschafft wird. Wie wir schon bei der Erörterung der Äußerungstheorie gesehen haben, darf die Erklärung nicht wirksam werden, bevor sie dem Empfänger wahrnehmbar geworden ist. Sollte die Wirksamkeit früher ein-

treten, so hieße das die Forderung aufstellen, der Adressat hätte auch dann gegenüber den Wirkungen Stellung zu nehmen, wenn er den Grund hierzu — die Existenz einer gegnerischen Erklärung — nicht wissen konnte, oder aber er hätte, wenn er nicht Stellung nähme, das Nichthandeln statt des Handeln oder das Handeln statt des Nichthandeln zu vertreten (Siecke S. 9). Eine solche Zumutung aber verstößt zweifellos gegen sein Interesse. Nach den Motiven (Bd. 1 S. 157) bedarf die Erklärung zu ihrem rechtlichen Erfolge, daß der andere Teil sie in Erfahrung bringt oder doch bringen kann. Daraus folgt aber, daß dem Adressaten mindestens die Möglichkeit der Kenntnisnahme verschafft werden muß.

Andererseits liegt es im Interesse des Erklärenden, daß die Willenserklärung wirksam wird, und zwar rechtzeitig, in den meisten Fällen also, daß der Zeitpunkt des Zugehens lieber früher als später fällt. Dies ist für ihn auch deshalb von größerem Wert, weil die Möglichkeit des Vereitelns der Wirksamkeit der Erklärung durch den Adressaten um so geringer wird, je weniger Momente noch nach der Abgabe der Erklärung zu ihrem Wirksamwerden gefordert werden (Siecke S. 18). Da der Empfänger regelmäßig erst dann das Zugehen verhindern kann, nachdem ihm die Wahrnehmbarkeit der Erklärung verschafft worden ist, so ist dieser Zeitpunkt für den Erklärenden als Zeitpunkt des Zugehens günstiger als alle folgenden.

Endlich ist dabei noch zu berücksichtigen, daß der Erklärende, der ja die Gefahr der Übermittlung der Willenserklärung bis zu ihrer Wirksamkeit trägt, den berechtigten Wunsch hegt, diese nicht länger als „billig“ zu tragen (Titze S. 383 f.), d. h. nicht länger für die Erklärung aufkommen zu müssen, als bis sie aus seiner Machtsphäre in die des Gegners gekommen ist.

Danach wird als Zeitpunkt des Zugehens am zweckmäßigsten derjenige anzusehen sein, in dem der Adressat die Möglichkeit erhält, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen.

In der Literatur ist dieser Zeitpunkt vielfach als der des Zugehens anerkannt, so z. B. von Breit (S. 657 ff., allerdings nur bei schriftlichen und anderen verkörperten Erklärungen), ferner Hoelder (Komm. S. 130 Erl. 3), R. Leonhard (§ 71 V), Neumann (Handausgabe des BGB. für das Deutsche Reich § 130 A. 1 a) u. a. m. Zwar unterscheiden sich ihre Definitionen dem Wortlaute nach, sind aber im Ergebnis übereinstimmend.

Es ist jedoch bei näherer Betrachtung der aufgestellten

Definition nicht zu verkennen, daß damit allein der Begriff des Zugehens nicht scharf genug begrenzt ist. Zunächst ist es zweifelhaft, ob eine objektive oder subjektive Möglichkeit der Kenntnisnahme angenommen ist, ob das Zugehen von der normalen oder konkreten Gestaltung der Verhältnisse bei dem Erklärenden abhängig gemacht werden muß.

Auch hier führt wiederum die gerechte Abwägung des Schutzbedürfnisses des Erklärenden und des Adressaten zu einem billigen Ergebnis.

Der Interessenschutz des Erklärenden erfordert, daß das Zugehen seiner Erklärung von dem Vorliegen konkreter anormaler Umstände bei dem Adressaten unabhängig gemacht wird. Denn es wäre unbillig, von ihm zu verlangen, wie es im 1. Entwurf im Gegensatz zum 2. Entwurf als Erfordernis aufgestellt war, daß er sich z. B. vor Einwurf eines Briefes in den Briefkasten des Erklärenden erkundigen müsse, ob dieser auch zugegen oder überhaupt imstande ist, von dem Briefinhalt Kenntnis zu nehmen. Der Erklärende muß vielmehr mit den regelmäßigen Verhältnissen des Adressaten rechnen dürfen; vorausgesetzt, daß ihm die anormalen Umstände nicht bereits bekannt geworden sind. Es kommt hinzu, daß dem Erklärenden billigerweise eine längere Gefahrtragung nicht zugemutet werden kann.

Entsprechendes gilt für den Adressaten. Die konkrete Möglichkeit der Kenntnisnahme genügt nicht in allen Fällen für das Zugehen. Legt z. B. der Mieter dem Vermieter, der sich auf einem Spaziergang befindet, einen Kündigungszettel an eine bestimmte Stelle des Weges, an der der Vermieter sicherlich vorbeikommt und den er auch sehen muß, während der Mieter sich selbst entfernt, so ist damit keineswegs die Kündigung zugegangen; denn nur in Ausnahmefällen wird ein Spaziergänger einen Zettel, der auf der Straße liegt, aufheben und lesen.

Daraus ergibt sich demnach folgende Einschränkung unserer Definition:

Eine Willenserklärung geht in demjenigen Zeitpunkte zu, in welchem dem Adressaten die Möglichkeit gegeben wird, von der Erklärung unter regelmäßigen Verhältnissen Kenntnis zu nehmen.

Unter Empfang oder Zugehen ist aber nicht etwa eine Tätigkeit des Adressaten zu verstehen, sondern es wird damit ein gewisser Zustand bezeichnet, der unter Umständen ohne den Willen des Adressaten eintreten kann.

Die Begriffsbestimmung entspricht der in der Wissenschaft herrschenden Meinung, die z. B. von Planck (Vorbem. § 116 I, 2 und § 130 Erl. 3e), Staudinger (Vorbem. § 116 III u. § 130),

Isay (S. 91), Crome (§ 88 Ziff. 2) u. a. geteilt wird. Ganz unwesentliche Unterschiede zeigt sie zu den Definitionen von Cosack (Lehrb. Bd. 1 S. 179), Endemann (Lehrb. S. 311 ff.) und Manigk (S. 311), die für das Zugehen die verkehrsübliche Verschaffung der Möglichkeit der Kenntnisnahme fordern. Auch das Reichsgericht hat in seiner Rechtsprechung in einer Reihe neuerer Entscheidungen (z. B. RG. Bd. 58 S. 406, Bd. 60 S. 336, Bd. 61 S. 127 usw.), die obengenannte Definition fast wörtlich zugrunde gelegt.

Es ist aber an der Definition hauptsächlich der Gebrauch mehrdeutiger, unbestimmter Begriffe bemängelt worden. Dies hat dazu geführt, daß andere Schriftsteller, insbesondere Titze (S. 385 ff.), an Stelle des Begriffes von Möglichkeit der Kenntnisnahme den Begriff des Besitzerwerbes an der Urkunde eingeführt haben.

Zwar mag zugegeben werden, daß in manchen Fällen der schriftlichen Übermittlung von Erklärungen die Einführung des Besitzmerkmales ein geeignetes Kriterium für die Entscheidung bilden kann, indessen muß eine Definition, um brauchbar zu sein, alle Fälle erschöpfend umfassen.

Die Definition von Titze beschränkt sich aber ungerechtfertigterweise nicht allein auf die Fälle der schriftlichen Erklärungen, sondern versagt sogar bei dieser Art in manchen Fällen; denn es gibt auch solche, in denen zwar der Erklärende Besitz erlangt hat, ohne daß ihm jedoch die Erklärung zugegangen wäre, z. B. wenn ich einen Brief übersende, der auf dem Boden eines mitübersandten Koffers liegt. Wenn sich Titze in solchen Fällen helfen will, indem er an den Besitzerwerb noch die Einschränkung knüpft, daß der Adressat unter normalen Verhältnissen von dem Inhalte Kenntnis nehmen kann, so kehrt er in Wirklichkeit zu unserer Definition zurück.

Und dennoch befriedigt auch unsere Definition nicht völlig, da sich daran die weiteren Fragen anschließen, wann die Möglichkeit der Kenntnisnahme unter normalen Verhältnissen begründet ist, welche Umstände als normal und welche als anormal angesehen werden müssen.

Titze hat zwar den Mangel richtig erkannt, wenn er meint (S. 384), die Definition enthalte kein Element, dessen sich der Praktiker als Handhabe bedienen könnte. Seine Abhilfeversuche sind aber insofern als mißlungen anzusehen, als er ein juristisches Element, den Besitzerwerb einführen wollte. Es empfiehlt sich jedoch nicht, wie Manigk (S. 311) mit Recht betont, den von dem Erklärenden erstrebten und bewirkten natürlichen Erfolg des Hingelangens der Erklärung in die Wahrnehmungssphäre

des Adressaten mit einem juristischen Begriffe dieser Art zu kennzeichnen.

Hier kann vielmehr nur die Einführung eines natürlichen Elements, das sich leichter bestimmen und allgemein verwerten läßt, Abhilfe schaffen.

Diesem Ziele sind m. E. Dernburg (§ 132 II Bd. 1) und Enneccerus (S. 375) sehr nahe gekommen, indem ihre Definitionen einen Hinweis auf die „Verkehrsübung“ und die „Gepflogenheit des Verkehrs“ enthalten; jedoch andererseits wieder die Nachteile zeigen, daß das Zugehen von ihnen teils auf „schriftliche Erklärungen“, so bei Dernburg, teils auf „normal gestaltete Verhältnisse des Empfängers“, wie bei Enneccerus, beschränkt wird.

Nach meiner Ansicht kann hier nur der Begriff der Verkehrsanschauung mit Erfolg aufgenommen werden. Dieser Begriff spielt gerade in den mannigfachen Stadien, die eine Willenserklärung von ihrem Entstehen bis zur Wirksamkeit zu durchlaufen hat, allenthalben eine große Rolle. Nach der Verkehrsanschauung richtet sich die Entscheidung:

1. ob eine beachtliche Willensäußerung vorliegt;
2. welchen Inhalt die Erklärung hat;
3. ob der Erklärende seiner Adressierungspflicht genügt hat;
4. ob die Übermittlung ordnungsmäßig und verkehrsüblich war;
5. ob eine Verhinderung des Wirksamwerdens einer Willenserklärung vorliegt;
6. endlich sogar, welche Bedeutung und Sinn einem jeden Wort zukommt; denn der Sinn kann ohne Rücksicht auf die Verkehrsanschauung und den Sprachgebrauch, der sich durch die Verkehrssitte bestimmt, nicht festgestellt werden.

Aus dieser unbestrittenen großen Bedeutung des Begriffes der Verkehrsanschauung für die Willenserklärung folgt m. E. mit Notwendigkeit, daß auch bei der Frage des Zugehens von Willenserklärungen dieser entscheidend sein muß. Der Verkehr fordert das Zugeständnis, daß für das Zugehen auch der Verkehr maßgebend ist.

Dabei ist zwischen der Verkehrsanschauung der Allgemeinheit und der eines besonderen Kreises zu unterscheiden. Dies ist aber nur bei Willenserklärungen innerhalb des engeren Kreises beachtlich.

Der allgemeine Grundsatz lautet also:

Eine empfangsbedürftige Willenserklärung geht in dem Zeitpunkte zu, in dem der Adressat die

Möglichkeit erhält, von ihr Kenntnis zu nehmen, und in dem nach der Verkehrsanschauung anzunehmen ist, daß er von ihr Kenntnis nehmen werde.

Damit glaube ich eine allgemeine Definition des Zugehens aufgestellt zu haben, die auch den immer mannigfacher werdenden Arten der Übermittlung von Willenserklärungen gerecht wird. Eine eng an juristische Begriffe gebundene Definition kann für die Vorkommnisse des täglichen Lebens nicht ausreichen. Zwar behaupten einige Schriftsteller, vor allem Breit (Sächs. Arch. Bd. 15 S. 637 ff.), zugehen könne nur etwas sinnlich Wahrnehmbares, real Vorhandenes, d. h. nicht die Erklärung als Akt, sondern die Verkörperung der Erklärung durch Schriftzeichen oder sonstige Beurkundungsmittel; die mündliche Erklärung sei dazu nicht geeignet, zugehen erschöpfe sich in der tatsächlichen Verfügungsgewalt, d. i. Besitz. Dieser Auffassung vermag ich nicht zu folgen; übrigens hat auch Breit nach meiner Auffassung keinen Beweis für seine Auslegung erbracht. Der Ausdruck „Zugehen", möchte ich glauben, ist auf alle Willenserklärungen anzuwenden, wie es auch das Gesetz selbst für Willenserklärungen unter Abwesenden annimmt, indem unter solchen Erklärungen nicht etwa nur schriftliche, sondern auch mündliche verstanden werden müssen; denn es ist kaum anzunehmen, daß mit dem Zugehen eines Widerrufs nach § 130 Satz 2 nur ein schriftlicher unter Abwesenden gemeint sei. Abgesehen davon aber folgt die Bestätigung der hier vertretenen Ansicht auch aus der Erwägung, daß der Ausdruck „Zugehen" nur als ein metaphorischer anzusehen ist. Denn im eigentlichen Sinne zugehen kann überhaupt keine Willenserklärung, sondern sie kann nach meiner Auffassung dem Adressaten nur so nahegebracht werden, daß er sie wahrnehmen kann. Zu erwähnen ist hier auch, daß wir im Leben von einem „Zugehen" einer Nachricht oder Erklärung dann sprechen, wenn es sich um mündliche Übermittlung handelt. Mit Recht sagt Enneccerus (Lehrb. S. 375), daß es sich bei dem Zugehen nicht um eine Machterlangung über die Erklärungsurkunde, sondern über die Erklärung selbst, ihren gedanklichen Inhalt handelt. Wenn Breit behauptet (a. a. O.), bei einer mündlichen Erklärung sei für ein besonderes Zugehen kein Raum vorhanden, weil Abgabe und Vernehmung zusammenfielen, so liefert auch dies keinen Beweis für seine Ansicht. Denn in diesem Falle ist schon das Zugehen in das Vernehmen übergegangen. „Zugehen" kann also jede Willenserklärung.

Mit dem für alle Willenserklärungen gültigen Begriffe des Zugehens ist aber nicht ohne weiteres die Frage gelöst, ob für

das Wirksamwerden aller Arten von Willenserklärungen das Zugehen auch genügt, wie es z. B. Manigk (S. 192) anzunehmen scheint.

Deshalb soll es unsere weitere Aufgabe sein, zu untersuchen, für welche Arten von Willenserklärungen das Zugehen in der oben genannten Definition zum Wirksamwerden genügt, oder welche Erfordernisse noch für andere Arten hinzukommen müssen.

Es erscheint mir zweckmäßig, die Willenserklärungen in vier Gruppen darauf hin zu prüfen.

## C. Verwertung des Begriffes „Zugehen" auf die verschiedenen Arten einer Willenserklärung.

### 1. Wirksamkeit der schriftlichen Willenserklärung unter Abwesenden.

Nach der Bestimmung des § 130 BGB. ist zweifellos für diese Art der Willenserklärungen das Zugehen zur Wirksamkeit erforderlich und genügend, und zwar nach meiner Ansicht das Zugehen in der Form, wie es oben definiert wurde. Der Versuch einiger Schriftsteller, für das Zugehen dieser Willenserklärungen eine präzisere Definition aufzustellen, wie z. B. Titze durch Einführung des Besitzmerkmales, muß daran scheitern, daß es schlechterdings unmöglich ist, für die außerordentlich große Fülle der Arten von schriftlichen Erklärungen unter Abwesenden eine einheitlichere, erschöpfende Regelung zu finden. Nur allein die Zuhilfenahme der Gepflogenheiten des Verkehrs und Treu und Glauben im Verkehr, also die Verkehrsanschauung, können bei Zweifelsfällen den Weg zur Entscheidung weisen.

Es würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausführen, wollte ich auf die einzelnen Fälle eingehen, um hierfür den Beweis zu führen. Hier muß ich mich begnügen, einige Normalfälle des Wirksamwerdens der schriftlichen Erklärungen unter Abwesenden zu erwähnen. Das sind z. B.

Einwerfen eines Briefes in den Privatbriefkasten des Adressaten zur verkehrsüblichen Zeit, Übergabe des Briefes an einen Hausgenossen des Adressaten, der sich in demselben Hause befindet, einerlei, ob dieser zur Annahme ermächtigt ist oder nicht. Bei Vorhandensein eines Postschließfaches ist die Erklärung dann zugegangen, sobald sie in das Fach gelegt wird usw., in allen diesen Fällen hat der Adressat die Möglichkeit der Kenntnisnahme, und nach der Verkehrsanschauung muß man annehmen, daß er Kenntnis nehmen werde.

### 2. Wirksamkeit der mündlichen Willenserklärung unter Abwesenden.

Wir wollen hierbei an den häufig vorkommenden Fall anknüpfen, wo ich an das Dienstmädchen meines Gegners eine mündliche Erklärung abgebe. Kann auch hier das Zugehen zur Wirksamkeit genügen, muß z. B. der Adressat meine Darlehenskündigung gegen sich gelten lassen, auch wenn das Dienstmädchen vergißt, sie an den Adressaten weiterzugeben? — Ohne Zweifel würde die schriftlich abgegebene Erklärung unter denselben Umständen Geltung haben, nach dem Wortlaut des Gesetzes sollte man es auch für die mündliche Kündigung annehmen. In der Tat hat das RG. Bd. 60 S. 334 auch so entschieden, nur knüpft es die Einschränkung daran, daß die Zuverlässigkeit des Hausgenossen gewiß sei. In beiden Fällen sowohl der schriftlichen wie der mündlichen Übermittlung sei der Erklärungsgegner jederzeit in der Lage, von der Erklärung Kenntnis zu erlangen, und hier wie dort stehe der sofortigen Kenntnisnahme nur seine Abwesenheit im Wege. — Das Reichsgericht verlangt also nur bei der Übermittlung der mündlichen Erklärung durch Boten, daß man sich von dessen geistiger Qualität überzeugen soll. Abgesehen von der großen Schwierigkeit, die sich aus der Prüfung einer solchen Frage ergibt, läßt das Reichsgericht bei Beurteilung des Falles den Wesensunterschied zwischen der schriftlichen und mündlichen Erklärung m. E. zu Unrecht außer acht. Die schriftliche Erklärung ist in der Urkunde verkörpert und daher im allgemeinen einer unbegrenzten Wahrnehmbarkeit zugänglich, die mündliche dagegen hinterläßt zwar Eindrücke im Gehirn des Empfängers, der sie aber ganz nach seinem Empfinden wiedergibt und oft entstellt. Es ist für den Adressaten unmöglich, sich von der Richtigkeit der Erklärung zu vergewissern. M E. hat die Abschwächung der Vernehmungs- zur Empfangstheorie, die unzweifelhaft für die schriftlichen Willenserklärungen unter Abwesenden im Interesse des Erklärenden geschehen ist, hier ihre Berechtigung verloren. Der Adressat wäre unverhältnismäßig stark benachteiligt, müßte er solche Willenserklärungen gegen sich gelten lassen; eine außerordentlich große Unsicherheit des Rechtsverkehrs wäre die Folge davon. Der Zweck der obengenannten Abschwächung war doch der, ein willkürliches Hinausschieben des Wirksamwerdens einer Willenserklärung durch den Adressaten zu verhüten. Diese Befürchtung hat hier aber keine Bedeutung, da im Normalfalle (und den müssen wir doch zugrunde legen) der Dienstbote doch kein Interesse daran hat, eine Verzögerung der Erklärung

herbeizuführen. Er wird vielmehr dem Adressaten unverzüglich Mitteilung machen; der Adressat selbst kann das Wirksamwerden also kaum verhindern.

Für die Entscheidung ist es auch von Wichtigkeit, welche rechtliche Eigenschaft man den Dienstboten in solchen Fällen zuschreibt. Staudinger (Komm. Bd. 1 Vorbem. III zu § 164) nimmt an, er sei Empfangswerkzeug des Empfängers; diese Ansicht beruht m. E. aber auf einer irrigen Auffassung der Empfangstheorie. Nach meiner Ansicht ist das Dienstmädchen in unserem Beispiel als mein Bote anzusehen; denn Bote ist derjenige, der mit dem Willen des Erklärenden dessen Bestellung ausrichtet. — In Konsequenz der gegenteiligen Ansicht müßte man eine Willenserklärung als wirksam geworden ansehen, wenn sie einem zuverlässigen Dienstboten des Adressaten auf der Straße mitgeteilt würde, und erst recht dann, wenn sie ihm schriftlich zur Übermittlung an den Adressaten übergeben würde; denn unstreitig ist eine schriftliche Mitteilung ein wesentlich geeigneteres Erklärungsmittel als eine mündliche Bestellung. Wenn man aber schon bei der schriftlichen Übermittlung die Erklärung in diesem Falle als nicht wirksam geworden ansehen muß, weil der Hausgenosse sich zur Zeit des Zugehens im Hause befinden muß, so kann dies erst recht bei der mündlichen nicht der Fall sein. Der Wesensunterschied ist so bedeutend, daß er eine verschiedene Behandlung rechtfertigt.

Wohl kann also auch in diesem Falle von einem Zugehen die Rede sein, zur Wirksamkeit der Erklärung genügt es aber nicht; der Adressat muß vielmehr Kenntnis genommen haben.

Es fragt sich aber, wie diese Ansicht mit der des Gesetzgebers zu vereinbaren ist, der doch scheinbar auch für diese Art der Willenserklärungen das Zugehen für das Wirksamwerden als genügend bezeichnet hat. Das kann aber darin seinen Grund haben, daß der Gesetzgeber die mündlichen Erklärungen unter Abwesenden überhaupt nicht berücksichtigt hat, oder, was wahrscheinlicher ist, daß man sie zu den Willenserklärungen unter Anwesenden gezählt hat, wie auch einige Schriftsteller, z. B. Enneccerus (Lehrb. S. 378 B 1 b) dies für das geltende Recht tun.

Es ist hier noch der Fall zu erwähnen, daß der Dienstbote zur Entgegennahme von Willenserklärungen von dem Adressaten bevollmächtigt ist. Dieser Fall ist offenbar so zu behandeln, als ob der Erklärende und der Adressat in Person sich gegenüberstünden. Mit welchem Zeitpunkt die Erklärung dann wirksam wird, soll der folgende Abschnitt zeigen.

### 3. Wirksamkeit der mündlichen Willenserklärung unter Anwesenden.

Da das Gesetz für die Wirksamkeit der Willenserklärungen unter Anwesenden keine Bestimmung getroffen hat und auch die Motive (Bd. 1 S. 156) und Protokolle (Bd. 1 S. 69) sich darauf beschränken zu sagen, daß die Entscheidung sich aus der Natur der Sache ergäbe, Ausnahmefälle aber durch das Gesetz nicht geregelt werden könnten, so hat sich an diese Frage in der Literatur ein lebhafter Streit der Meinungen angeknüpft, der jedoch nicht eine befriedigende Lösung des überaus wichtigen praktischen Problems gebracht hat, weil sich infolge der schroffen Gegensätze der Meinungen eine herrschende Meinung nicht bilden konnte und die Rechtsprechung des Reichsgerichts die Streitfrage auch nicht zweifelsfrei entschieden hat.

Die Meinungen über diese Frage, von denen sich im allgemeinen sechs beachtenswerte unterscheiden lassen, seien im folgenden kurz dargestellt.

Wohl die verhältnismäßig überwiegende Anzahl von Schriftstellern verlangt zum Wirksamwerden einer Willenserklärung unter Anwesenden die Kenntnisnahme durch den Adressaten. Hierzu gehören Crome (§ 88 Nr. 2 S. 392 und Anm. 11), Breit (S. 657 f., allerdings nur für mündliche und sonstige nicht verkörperte Erklärungen), Biermann (§ 46 Nr. 4 S. 145), Endemann (Lehrb. 3. u. 4. Aufl. S. 280, der inzwischen anderer Ansicht geworden ist), Eltzbacher (S. 238), Artmann (im Recht S. 725 ff. und Komm. § 130 a, nur für nicht verkörperte Erklärungen), Planck (§ 130 Erl. 2 S. 234), Rehbein (S. 122 Nr. 2) und Zitelmann (Rechtsgeschäfte im Entw. § 74 S. 96, 103 ff.). Diese Autoren scheinen die herrschende Meinung zu bilden.

Einen ähnlichen Standpunkt vertreten z. B. Enneccerus (§ 149 Bem. 1 S. 378), Kipp (bei Windscheid Bd. 1. § 72 Nr. 2 S. 294), die § 130 analog anwenden oder ein Zugehen für ausreichend halten, deren Zugehen oder Empfang aber im allgemeinen erfordert, daß der anwesende Adressat die Erklärung zur Kenntnis nimmt.

Andere wollen ein Zugehen mit konkreter Wahrnehmungsmöglichkeit genügen lassen; so z. B. Gareis (§ 130 II), der voraussetzt, daß der Adressat sich nicht in einem Zustande befinde, der eine Kenntnisnahme völlig ausschließt. Ähnlich auch Isay (S. 93 ff.).

Hellmann (S. 89) und insbesondere Hölder (Komm. § 130 Erl. 2 S. 291) sehen auch von dem Erfordernis des subjektiven Verstehenkönnens ab, indem ein Hindernis der Kenntnisnahme

„vom Recht ebenso ignoriert werde“ wie bei Erklärungen unter Abwesenden.

Wieder andere verwenden die Empfangstheorie unverändert, so z. B. Manigk (§ 62 S. 333), Staudinger (Vorbem. zu § 116 IIf. u. § 130 Erl. 1), auch Breit (S. 657f.), Oertmann (Komm. § 130a), Koppers (S. 221, 226, 228), diese drei letzten allerdings mit der Einschränkung auf schriftliche oder überhaupt verkörperte Erklärungen.

Die Definitionen der drei letztgenannten Schriftsteller lassen einen Mangel an scharfer Abgrenzung erkennen, die sie ungeeignet machen, gerade die zweifelhaften Fälle ohne Zuhilfenahme neuer Momente und Einschränkungen oder Erweiterungen ihrer Begriffsbestimmungen zu entscheiden.

Dagegen haben Endemann (§ 66, 4 S. 314), Cosack (§ 59 II, 1a S. 180), Fischer-Henle (§ 130 Anm. 2) insofern genauere Definitionen aufgestellt, als sie außer dem Zugehen eine objektive Vernehmbarkeit erfordern, nicht aber ein subjektives Vernehmen oder Vernehmenkönnen! Bernhöft (Das bürgerl. R. § 41c S. 38) verlangt, daß die Erklärung dem Adressaten so nahe gebracht werden müsse, daß es nur noch von ihm abhänge, ob er Kenntnis nehmen wolle oder nicht. Ähnlich auch Leonhard (§ 71 V S. 284f.). Dennoch vermisse ich auch bei ihren Begriffsbestimmungen ein Merkmal wie das der Verkehrsanschauung, womit alle zweifelhaften Fälle entschieden werden können.

Ich werde nun versuchen, einen Weg zur Lösung zu weisen, der dem von Breit, Oertmann und Koppers am nächsten kommt, wobei ich von dem Grundsatz ausgehen möchte, daß entweder das Zugehen nach unserer Definition oder das Vernehmen gelten muß; ein Zwischending wird keine scharfe Abgrenzung zeigen, die aber zur Klarheit der Entscheidungen in an sich schon zweifelhaften Anwendungsfällen notwendig ist.

Wir gehen bei unserer Betrachtung von dem Normalfall aus, wo der Erklärende mündlich dem Adressaten persönlich eine Willenserklärung mitteilt.

Wir stellen zunächst fest, daß der Begriff des Zugehens in der allgemeinen oben genannten Form auch für Willenserklärungen unter Anwesenden zutreffend ist. Bei mündlichen, wenn der Erklärende sie so abgegeben hat, daß der Adressat sie, wenn er sich nicht die Ohren verschlossen hätte, vernommen haben würde, bei schriftlichen, wenn der Brief dem Adressaten ausgehändigt worden ist. Auch hier, in unserem Beispiel zunächst, ist die Frage zu erörtern, genügt das Zugehen zum Wirksamwerden?

In unserem normalen Falle kann kein Zweifel bestehen, denn hier fallen Abgabe, Zugang und Vernehmen zusammen; eigentlich ist also jede Theorie darauf anwendbar. Eine Theorie ist aber nur brauchbar, wenn sie auch die außergewöhnlichen Fälle befriedigend löst.

Es ist m. E. davon auszugehen, zu welchem Ergebnis der Gesetzgeber, hätte er diese Frage entschieden, gekommen wäre; denn nur so können wir das Ergebnis unserer Untersuchung mit den Gesetzesbestimmungen ähnlicher Art in Einklang bringen.

Fragen wir uns zunächst, ob die Gründe, die zur Bestimmung des § 130 BGB. geführt haben, nämlich die Unbilligkeit, vom Erklärenden zu verlangen, daß er sich überzeuge, ob der Brief auch wirklich in den Bereich der Wahrnehmungsmöglichkeit des Adressaten gelangt sei, und ferner die Möglichkeit, daß der Adressat die Kenntnisnahme von der Erklärung bei Annahme der Vernehmungstheorie nach seinem Belieben hinausschiebe, auch hier maßgebend gewesen sein könnten. — Offenbar nicht; denn bei mündlichen Erklärungen unter Anwesenden ist der Erklärende ohne Mühe in der Lage, sich zu vergewissern, ob der Adressat auch die Erklärung verstanden hat. Jedenfalls muß man ihm diese geringe Last im Interesse der Sicherheit des Verkehrs auferlegen. Die Billigkeit erheischt es, eher von dem Erklärenden zu verlangen, daß er sich von dem Vernehmen seiner Erklärung überzeuge, als daß eine Willenserklärung einem Schwerhörigen gegenüber als wirksam angesehen wird, der sie gar nicht verstanden hat.

Grundsätzlich ist also in diesen Fällen Vernehmung der Willenserklärung zur Wirksamkeit zu fordern.

### 4. Wirksamkeit der schriftlichen Willenserklärung unter Anwesenden.

Der Fall der schriftlichen Erklärung unter Anwesenden hat offenbar eine gewisse Ähnlichkeit mit dem der schriftlichen unter Abwesenden wie auch mit dem der mündlichen unter Anwesenden. Wie er aber zu beurteilen ist, richtet sich m. E. nur danach, mit welchem von beiden er die größere Wesensgleichheit besitzt.

Zur Erläuterung seien zunächst einige praktische Fälle angeführt.

Ich will dem B, den ich bestimmt abends in einem Hotel treffe, einen Kündigungsbrief überreichen, da ich nicht gerne die Kündigung mündlich überbringen will. Er steckt den Brief ungelesen ein. — Sollte da erst zur Wirksamkeit der Kündigung Vernehmung erforderlich sein?

Oder: ich überreiche meiner Wirtin einen Kündigungsbrief, den sie ebenfalls ungelesen mitnimmt. Sie behauptet, sie hätte den Brief erst am nächsten Tage lesen können; an diesem Tage ist aber die Kündigungsfrist schon verstrichen. — Sollte die Kündigung erst am folgenden Tage wirksam geworden und deshalb zu spät erfolgt sein?

Ferner: ich kündige meinem Vermieter, dessen Taubheit ich kenne, durch Überreichung eines Schreibens. Bevor dieser Zeit gefunden hat, zu öffnen, verlasse ich das Zimmer. — Ist trotzdem die Kündigung mit diesem Zeitpunkt wirksam geworden oder könnte man von mir verlangen, in solchen Fällen mich erst zu überzeugen, ob der Gegner Kenntnis genommen hat?

Und endlich: der Vermieter ist in dem soeben genannten Falle nicht taub, sondern so betrunken, daß er außerstande ist, die Erklärung zu vernehmen oder gar den Brief zu öffnen. — Ist es hier unbillig zu verlangen, daß der Erklärende den konkreten Umständen bei dem Adressaten Rechnung trägt? — Zum Vergleiche sei erwähnt, daß zweifellos die Kündigung in solchem Falle wirksam geworden wäre, hätte ich den Kündigungsbrief in den Briefkasten an der Wohnung des Vermieters gesteckt, anstatt diesen ihm persönlich zu überreichen.

Wir sehen, daß sich hier zwei Prinzipien kreuzen, indem es Fälle gibt, bei denen im Interesse des Erklärers und auf Grund der Wesensgleichheit dieser schriftlichen Erklärungen unter Anwesenden mit den schriftlichen unter Abwesenden der Zugang als genügend angesehen werden muß, andererseits wiederum Fälle, deren Ähnlichkeit mit den mündlich unter Anwesenden übermittelten so groß ist, daß es ungerechtfertigt erscheint, für ihre Wirksamkeit das Zugehen als genügend anzusehen. Denn für letztere sind die Momente, die für die Annahme der Empfangstheorie in den anderen Fällen ausschlaggebend waren, hier nicht zutreffend; man muß also Vernehmung verlangen.

Wo aber ist das unterscheidende Merkmal bei der Beurteilung der verschiedenen Fälle? — Es scheint mir dies schon aus den oben genannten Beispielen hervorzugehen; es kommt nach meiner Überzeugung nämlich allein darauf an, in welcher Beziehung die Parteien zueinander stehen in dem Augenblick, wo die Apperzeption der Erklärung erfolgt, ob noch in unmittelbarer Wechselbeziehung oder nicht mehr. Wenn also z. B. der Adressat sich nach Überreichung des Briefes sofort entfernt, so genügt zur Wirksamkeit das Zugehen, sonst muß Vernehmen gefordert werden.

Wir haben also festgestellt, daß grundsätzlich

1. schriftliche Willenserklärungen unter Abwesenden mit dem Zugehen wirksam werden;
2. mündliche unter Abwesenden
   a) bei Übermittlung durch Boten mit dem Vernehmen durch den Adressaten,
   b) durch den Bevollmächtigten, wenn der Bevollmächtigte sie vernommen hat;
3. mündliche unter Anwesenden mit dem Vernehmen;
4. schriftliche unter Anwesenden, je nach der Wechselbeziehung der Parteien, entweder schon mit dem Zugehen oder mit dem Vernehmen.

### 5. Wirksamwerden der durch technische Hilfsmittel vermittelten Willenserklärungen.

An die Normal- und Ursprungsfälle der Übermittlung von Willenserklärungen möge sich hier eine kurze Betrachtung der sehr wichtigen Fälle anschließen, wo eine Willenserklärung durch Fernsprecher, Ferndrucker usw. zugeht.

Die telephonische Willenserklärung ist nach unseren Erörterungen im Anfang der Abhandlung als eine mündliche Willenserklärung unter Anwesenden anzusehen, und deshalb ist für sie die Vernehmungstheorie anzuwenden. Dies würde auch dann der Fall sein, wenn man diese Erklärung als solche unter Abwesenden ansprechen wollte; denn auch dann ist ja nach unserer Auffassung Vernehmen erforderlich.

Ist ein anderer als der Adressat am Fernsprecher, so tritt die Wirksamkeit erst dann ein, wenn der Adressat die Erklärung selbst vernimmt; ist ein Bevollmächtigter am Fernsprecher, so wird sie schon wirksam mit dessen Vernehmen.

Dasselbe gilt von Willenserklärungen, die durch akustische oder optische Zeichen abgegeben werden. Denn ebenso wie unzweifelhaft eine Willenserklärung, die der Erklärende dem Adressaten aufgeschrieben vorhält, erst mit dessen Kenntnisnahme wirksam wird, so wird auch die durch Zeichen vermittelte erst mit diesem Zeitpunkte gültig, mögen nun die Parteien an- oder abwesend sein.

M. E. erfordert aber die durch Ferndrucker übersandte Willenserklärung eine andere Behandlung; indem man hier grundsätzlich zur Wirksamkeit das Zugehen genügen lassen muß. Es handelt sich nämlich um schriftliche Erklärung unter Abwesenden. Denn der am Empfangsapparat des Adressaten abgerollte Papierstreifen enthält die Erklärung aufgedruckt. Wenn

dieser Streifen, genau so wie ein Brief, derart in die Machtsphäre des Erklärungsgegners gekommen ist, daß dessen Kenntnisnahme davon als möglich erscheint und von ihm nach der Verkehrsanschauung erwartet werden kann, so ist die Willenserklärung ihm zugegangen und damit wirksam geworden. Es ist eben eine vereinfachte telegraphisch übermittelte Erklärung, indem statt bei der Post die Wortzeichen beim Adressaten selbst abgedruckt werden; über die telegraphisch durch die Post vermittelte Erklärung besteht aber kein Zweifel der Wirksamkeit, die natürlich wie ein durch die Post gesandter Brief zu behandeln ist. Hier von der Anwesenheit zu reden wie Sames (DJZ. 1904 S. 1197), ist doch wohl kaum angängig. Eine Analogie nach § 147 BGB. ist m. E. nicht zulässig, weil sehr wesentliche Unterscheidungsmerkmale vorhanden sind.

Die drahtlos übersandten Willenserklärungen sind wie die durch die Ferndrucker übermittelten zu behandeln, werden also schon mit dem Zugehen bei der Empfangsstation wirksam.

## D. Das Unwirksamwerden einer Willenserklärung durch Widerruf.

Das Wirksamwerden einer vollendeten Willenserklärung kann nach § 130 Satz 2 verhindert werden, wenn ein Widerruf vor Zugang der Willenserklärung oder gleichzeitig mit ihr zugeht. Der Widerruf ist selbst eine Willenserklärung mit dem gegensätzlichen Inhalt zu der eigentlichen, indem der Erklärende einen anderen Erfolgswillen an die Stelle des Erfolgswillens der ersten Erklärung setzt. Es vermag aber nur dann eine vollendete Willenserklärung mit entgegengesetztem Inhalt das Wirksamwerden der anderen ebenfalls vollendeten zu verhindern, wenn sie später als diese abgegeben und früher als sie oder gleichzeitig mit ihr zugegangen ist oder, allgemeiner gesagt, wirksam geworden ist. Diese Bestimmung ist auch völlig gerechtfertigt, da der Adressat bis zu dem Augenblick des Wirksamwerdens noch keine Anordnungen und Bestimmungen auf Grund der Willenserklärung getroffen hat, durch einen Widerruf also keinen Schaden erleidet.

Oft wird es zweifelhaft sein, ob der Widerruf wirksam geworden ist, wenn ich z. B. Kündigungsbrief und Widerruf gleichzeitig aus meinem Briefkasten nehme. In dem Falle kommt es nicht etwa darauf an, welchen Brief ich zufällig zuerst lese, sondern allein, welcher von beiden zuerst zugegangen, also in den Briefkasten gesteckt worden ist. Der Beweis für die Recht-

zeitigkeit des Widerrufs liegt demjenigen ob, der seine Rechtswirksamkeit behauptet.

Es ist selbstverständlich, daß der Widerruf von dem Urheber der Willenserklärung ausgehen muß. Auch kann der Widerruf einer schriftlich mitgeteilten Willenserklärung mündlich widerrufen werden, wie sogar auch der Widerruf einer Willenserklärung, die einer nach Gesetz bestimmten Form bedarf, formlos geschehen kann.

Schwierigkeiten kann vielleicht der Fall bieten, wo ein Widerruf deshalb verspätet zugeht, weil die Willenserklärung früher als der Erklärende es gewollt, zugegangen ist. Der Widerruf ist trotzdem unwirksam. Denn ebenso wie es dem Erklärenden zustatten kommt, wenn ein Widerruf wirksam wird infolge des zufällig verspäteten Zugehens der Willenserklärung, so muß er auch den Nachteil tragen, wenn das Umgekehrte eintritt. Zu berücksichtigen ist auch, daß die Gefahrtragung früher auf den Adressaten übergeht, was in manchen Fällen dem Erklärenden einen großen Vorteil für seinen Nachteil als Äquivalent gewährt.

## E. Einfluß von Geschäfts- und Verfügungsunfähigkeit auf die Wirksamkeit einer Willenserklärung.

Schon zu Anfang unserer Ausführungen ist darauf hingewiesen worden, daß unter Willenserklärungen, von denen hier die Rede ist, nur solche zu verstehen sind, die zur Zeit der Abgabe volle Gültigkeit besitzen. Dazu gehört in erster Linie, daß die Erklärung von einem Geschäftsfähigen abgegeben worden ist. Dasselbe muß von der sogen. Verfügungsfähigkeit gelten. Will jemand durch eine Willenserklärung ein Recht begründen, ändern oder aufheben, also darüber „verfügen", so hat sie nur Wirksamkeit, wenn der Erklärende im Augenblick der Abgabe der Erklärung die Macht hat, über das Recht nach der betreffenden Richtung hin zu verfügen. Ausgenommen sind die Fälle, wo ein solcher Mangel durch nachträgliche Genehmigung einer anderen Person geheilt wird.

Weittragender und schwieriger gestaltet sich die Frage des Einflusses von Geschäftsunfähigkeit und Verfügungsunfähigkeit in der Person des Erklärenden auf die Wirksamkeit der Willenserklärung im Augenblick ihres Zugehens.

Das Gesetz hat bezüglich der Geschäftsunfähigkeit, hauptsächlich wohl aus Gründen der Verkehrssicherheit, in § 130 Abs. 2 die Bestimmung getroffen, daß es auf die Wirksamkeit der Willenserklärung ohne Einfluß bleibt, wenn der Erklärende

nach der Abgabe stirbt oder geschäftsunfähig wird. Damit setzt es sich in Gegensatz mit der gemeinrechtlichen Anschauung, die der Willenserklärung vor ihrer Wirksamkeit noch keine rechtliche Selbständigkeit beilegte, so daß sie also unwirksam war, wenn der Erklärende vor dem Zugehen starb oder geschäftsunfähig wurde.

Nach unserem geltenden Recht ist aber die Willenserklärung vollendet in dem Augenblick, wo sie abgegeben wird, d. h. wo der Erklärende alles getan hat, damit die Willenserklärung unter normalen Umständen den Gegner erreicht. Denn erst von diesem Zeitpunkte an läßt sich auch mit Sicherheit sagen, daß der Erklärende das Wirksamwerden der Erklärung gewollt hat. Da aber nur bis zu diesem Augenblick das Leben und die Geschäftsfähigkeit des Erklärenden erforderlich ist, damit die Erklärung wirksam werden kann, so erscheint die Bestimmung des § 130 Abs. 2 völlig gerechtfertigt. Sie ist aus demselben Grunde überall da analog anzuwenden, wo es auf die natürlichen oder rechtlichen Eigenschaften des Erklärenden ankommt. So richtet sich z. B. die Frage, ob ein Irrtum vorlag oder der Erklärende einen Umstand kannte oder kennen mußte, lediglich nach dem Zeitpunkte der Abgabe der Erklärung. Es bedarf wohl kaum besonderer Erwähnung, daß der Eintritt von beschränkter Geschäftsfähigkeit nach der Abgabe der Willenserklärung ebenfalls die Wirksamkeit nicht beeinflussen kann, ebensowenig auch vorübergehende Bewußtlosigkeit und Geistesstörung.

Die Vorschrift des § 130 Abs. 2, die von großer Bedeutung ist, ist im Interesse beider Parteien geschaffen worden. Einerseits nahm man Rücksicht auf den Adressaten, der unverschuldet häufig in eine mit großen Nachteilen verbundene Lage hätte geraten können, andererseits aber auch auf den Erklärenden insofern, als er meist durch seine Erklärung eine Vermögensvergrößerung beabsichtigt, was nach seinem Tode für den neuen Inhaber seines Vermögens, nach dem Eintritt der Geschäftsunfähigkeit für ihn immer noch als Träger des Vermögens Interesse hat.

Es ist hier darauf hinzuweisen, daß die Bestimmung des § 130 Abs. 2 nicht zwingendes Recht ist. Denn lassen die Umstände des einzelnen Falles auf den Willen des Erklärenden schließen, daß die Erklärung nur wirksam sein kann oder soll, wenn zur Zeit des Zugehens der Erklärende noch lebt oder geschäftsfähig ist, so ist die Erklärung unwirksam, wenn dies nicht vorliegt. Dann hat der Erklärende seine Willenserklärung unter einer stillschweigenden Bedingung abgegeben.

Sehr bestritten ist die Frage, ob es auch ohne Einfluß auf die Wirksamkeit einer Willenserklärung ist, wenn nach der Abgabe der Erklärung der Erklärende die Verfügungsfähigkeit verliert, indem z. B. über sein Vermögen inzwischen der Konkurs ausbricht. Dabei ist zu prüfen, ob der Zweck der Bestimmung des § 130 Abs. 2 BGB. verbunden mit der Feststellung der Ähnlichkeit und Wesensgleichheit zwischen Geschäfts- und Verfügungsfähigkeit eine gleichartige Behandlung rechtfertigt.

Aus der schon zu Anfang der Abhandlung hervorgehobenen Unterscheidung zwischen Vollendung und Wirksamkeit einer Willenserklärung folgt m. E. mit logischer Notwendigkeit, daß für die Gültigkeit einer Erklärung der Zeitpunkt der Abgabe, für ihre Wirkung der Zeitpunkt des Zugehens oder Vernehmens maßgebend sein muß. So rechtfertigt sich auch die Bestimmung des § 130 Abs. 2, wonach mit dem Willen eines ehemals Geschäftsfähigen eine vollendete Willenserklärung wirksam wird, auch wenn er in diesem Augenblick nicht mehr geschäftsfähig ist; denn gegenteilige wichtige Interessen werden in der Regel durch den Eintritt von Geschäftsunfähigkeit und Tod bezüglich der vollendeten gültigen Erklärung nicht berührt. Dagegen halte ich eine analoge Ausdehnung dieser Bestimmung — das Gesetz hat keine besondere Vorschrift gegeben — auf die Fälle des Eintritts von Verfügungsbeschränkungen nach der Abgabe, wie es z. B. Staudinger (Komm. Anm. zu § 130 Abs. 2) ohne nähere Begründung befürwortet, für nicht angängig; denn die Wesensunterschiede zwischen Geschäftsunfähigkeit und Verfügungsunfähigkeit sind zu erheblich. In erster Linie ist zu betonen, daß die Geschäftsunfähigkeit ohne Zutun des Erklärenden, daß aber eine Verfügungsbeschränkung mit seinem Willen (z. B. Heirat) oder wenigstens möglicherweise mit seinem Zutun (z. B. Konkurs § 6 KO., Beschlagnahme § 334 StPO.) eintritt. Hiermit hängt zusammen, daß der Gesetzgeber die Geschäftsunfähigkeit hauptsächlich im Interesse des Erklärenden selbst eintreten läßt, während er die Verfügungsbeschränkung zugunsten einer dritten Person (Ehemann, Konkursgläubiger) verhängt. Zweifellos ist es, daß eine in der Verfügung über ihr Vermögen beschränkte Person trotzdem eine verfügende Willenserklärung abgeben kann, ohne daß sie jedoch wirksam werden könnte. M. E. muß auch dasselbe gelten, wenn eine noch im Vollbesitz der Verfügungsfähigkeit abgegebene Erklärung zugeht, nachdem die Verfügungsunfähigkeit inzwischen eingetreten ist. Einen Unterschied vermag ich in beiden Fällen nicht zu erkennen; denn hier wie dort versagt der Gesetzgeber der an und für sich gültigen Willenserklärung die Wirksamkeit, auch hier rechtzeitig genug;

denn wirksam verfügt hat der Erklärende erst, wenn die Erklärung selbst wirksam geworden ist. Es ist aber auch kein Grund einzusehen, warum letztere Fälle eine andere Behandlung erheischen sollen, da sie völlig wesensgleich sind. Auch kommt ein vielleicht schutzbedürftiges Interesse des Adressaten nicht in Frage. Denn daß die Willenserklärung nur in seinem Interesse Wirkung haben soll, weil sie zufällig noch kurz vor dem die Verfügungsfähigkeit beschränkenden Ereignis abgegeben worden ist, während sie, wäre sie später abgegeben worden, unbedingt unwirksam wäre, ist mit Rücksicht auf das zu schützende erheblichere Interesse der dritten Personen nicht zu billigen. Man würde vielmehr, wollte man die Wirksamkeit solcher Erklärungen anerkennen, einem gegen Treu und Glauben verstoßenden Verhalten des Erklärenden Vorschub leisten; denn in den meisten Fällen wird er von dem Eintritt der Verfügungsunfähigkeit Kenntnis haben und seine Handlungen danach einrichten. Die Beispiele, die Leonhard (Die Wahl bei Wahlschuld, in Jherings Jahrb. Bd. 41 S. 52) für seine gegenteilige Ansicht anführt, wo der Erklärende ungerechte Nachteile durch die Unwirksamkeit solcher Erklärungen erleidet, sind m. E. nicht ausschlaggebend. Denn wenn eine Braut am Vorabend einer Hochzeit ein Hypothekenkapital kündigt, diese Kündigung dem Adressaten erst nach der Hochzeit zugeht, so ist in der Tat diese Kündigung unwirksam, und das mit Recht; denn sie wird meistens oder oft die Benachteiligung des Ehemannes bezwecken. Liegt ein anderer Grund vor, so wird die Braut stets die Genehmigung ihres Ehemannes erreichen können. In weniger wichtigen Fällen, wie z. B. bei der von Leonhard erwähnten Kündigung einer Wohnung, wird sogar eine stillschweigende Zustimmung zu vermuten sein. Im übrigen stehen der Braut genügend Mittel und Wege zur Verfügung, um es zu solchen Zweifelsfällen nicht kommen zu lassen, wie Hinausschieben der Hochzeit, Vereinbarung von Gütertrennung usw.

Abgesehen von diesen Gründen liefert m. E. auch die Stellungnahme des Gesetzgebers Beweis für unsere Ansicht. Schon der Umstand, daß das Gesetz im § 130 Abs. 2 lediglich Geschäftsunfähigkeit und Tod ohne Einfluß auf die Wirksamkeit einer Willenserklärung sein läßt und die Verfügungsbeschränkung nicht erwähnt, obgleich in den Kommissionssitzungen (vgl. Prot. Bd. 1 S. 70, 71 ff.) zweifellos über diese Frage verhandelt worden ist, muß auffallen. Berücksichtigt man aber weiter, daß trotz der Wichtigkeit der Frage keine grundsätzliche Regelung im Gesetz vorhanden ist, sondern nur in besonderen Fällen, z. B. in § 878 BGB. ausdrücklich betont wird, daß unter bestimmten

Voraussetzungen der Eintritt der Verfügungsbeschränkung ohne Einfluß auf die Wirksamkeit einer Willenserklärung sein soll, so ist es klar, daß diese Fälle die Ausnahmen bilden von dem allgemeinen Grundsatz, daß die nach der Abgabe und vor dem Zugehen einer Erklärung eintretende Verfügungsbeschränkung die Erklärung unwirksam macht.

Leonhards Versuch (a. a. O. S. 53), gerade aus der Bestimmung des § 878 ein Argument für seine gegenteilige Ansicht herzuleiten, kann nicht als gelungen anerkannt werden. § 878 bezeichnet eine nachträgliche Verfügungsbeschränkung als unschädlich, wenn sie eintritt, nachdem die Erklärung für den Verfügenden bindend geworden und der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamt gestellt ist. Hieraus folgert nun Leonhard, daß „ausnahmsweise" der Eintritt von Verfügungsbeschränkung vor Stellung des Antrages Unwirksamkeit herbeiführe, während meiner Ansicht nach die Bestimmung nur sagt, daß ausnahmsweise keine Unwirksamkeit eintritt, wenn die Verfügungsbeschränkung nach Stellung des Antrages erfolgt. Dies geht aus dem klaren Wortlaut des § 878 hervor, der, wollte man Leonhards Ansicht folgen, in dieser Form äußerst kompliziert und schwer verständlich gehalten wäre (vgl. Mot. Bd. 3 S. 191/92; Prot. Bd. 3 S. 66). Außerdem kann der Wegfall der Wirksamkeitserfordernisse unmöglich in einem noch früheren Zeitpunkt als dem der Stellung des Antrages — dem der Abgabe der Erklärung — schon belanglos sein. Übrigens verkennt Leonhard nicht, daß seine Ansicht manchen Gesetzesbestimmungen, wie z. B. § 15 KO. nicht entspreche, jedoch erachtet er dies nicht für durchschlagend, da es sich doch wohl um Ausnahmen handele.

Bisher haben wir uns mit der Frage des Einflusses von Geschäfts- und Verfügungsfähigkeitsbeschränkungen auf die Wirksamkeit einer Willenserklärung beschäftigt, die auf seiten des Erklärenden eintreten; es soll des weiteren untersucht werden, ob zur Wirksamkeit auch Geschäftsfähigkeit bei dem Adressaten im Augenblick des Zugehens gefordert werden muß. Manche Schriftsteller (so z. B. Hölder S. 294, „der Geschäftsunfähige ist nach der Bestimmung des Gesetzes nicht eine Person, der eine Willenserklärung zugehen kann"), haben dies bejaht. Sie folgern dies teils aus § 131 BGB., teils daraus, daß man von dem Adressaten eine Tätigkeit im Empfang verlangt, wozu dieser geschäftsfähig sein müsse. Wir haben aber schon früher betont, daß von einer Tätigkeit des Adressaten keine Rede sein kann und gerade infolge der völligen Passivität des Adressaten beim Zugehen sich die Behauptung rechtfertigt,

daß eine Willenserklärung dem geschäftsunfähigen Adressaten zugehen kann. Dies hat auch der Gesetzgeber nicht etwa mit der Bestimmung des § 131 BGB. verneint; er sagt vielmehr nur, daß die einem Geschäftsunfähigen zugegangene Willenserklärung, die im allgemeinen mit dem Zugehen wirksam wird, in seinem Interesse die Wirksamkeit genommen werden soll; das Zugehen als tatsächlicher Vorgang bleibt immer dasselbe. Daher bestimmt § 131, daß die einem Geschäftsunfähigen gegenüber abgegebene Willenserklärung nicht wirksam wird, bevor sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht.

Es erscheint mir zunächst zweifellos, daß diese Bestimmung sich wie die des § 130 auf alle richtungsbedürftigen Willenserklärungen bezieht — bei den nicht richtungsbedürftigen kann es darauf gar nicht ankommen — und nicht, wie einige Schriftsteller behaupten, nur auf die schriftlichen unter Abwesenden, mag nun der § 131 nach seiner Stellung im System nur für diese Willenserklärungen gedacht sein oder nicht; jedenfalls läßt sich die Wesensgleichheit der Bestimmungen nicht leugnen. Die Gegner entnehmen den Grund ihrer Behauptung vor allem aus dem Wort „zugehen", indem sie, wie z. B. Planck (Erl. 4 zu § 131) und Breit (Sächs. Arch. Bd. 15 S. 667, 671), behaupten, daß bei der mündlichen Erklärung nichts übrigbleibe, was dem Vertreter zugehen könne. Hiergegen ist anzuführen, was schon früher eingehend erörtert worden ist, daß der Begriff „Zugehen" auf alle Willenserklärungen anwendbar ist. — Indem ferner dem Zugehen der Erklärung an den Geschäftsunfähigen keine Wirkung beigelegt wird, so ist es deshalb auch keineswegs erforderlich, daß sie ihm überhaupt zugeht. Wirksamkeitserfordernis ist nur, daß sie dem Vertreter zugeht, ein bloßes zufälliges Erfahren würde hier nicht genügen. Indessen müßte man die Anwesenheit des Vertreters bei Abgabe einer mündlichen Erklärung an den Geschäftsunfähigen als auch an den Vertreter gerichtet für genügend erachten, damit die Erklärung wirksam wird, vorausgesetzt, daß dieser sie vernommen hat.

Im übrigen ist anzunehmen, daß eine an den Geschäftsunfähigen gerichtete Erklärung, die dem Vertreter zugeht, auch als an diesen gerichtet wirksam ist, da wohl regelmäßig bei der Abgabe die Absicht des Erklärenden zu vermuten ist, die Erklärung auch dem Vertreter gegenüber abzugeben. Allerdings muß diese Absicht irgendwie in Erscheinung treten oder sich aus den Umständen ergeben.

Nach § 131 Abs. 2 gilt dasselbe für eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person, wenn nicht die Erklärung dem Minderjährigen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt, oder

der gesetzliche Vertreter vorher seine Zustimmung erteilt hat. § 131 ist aber nicht etwa wie § 130 Abs. 2 auf solche Fälle anzuwenden, wo jemand bewußtlos oder vorübergehend geistesgestört ist. Hier muß man vielmehr unterscheiden, ob es sich um Willenserklärungen unter Ab- oder Anwesenden handelt. Von einem Abwesenden kann ich nicht wissen, daß er gerade betrunken ist, wenn ihm die Willenserklärung zugeht; es wäre auch unbillig, von mir zu verlangen, daß ich mich von seinem Zustande überzeugte; hier erfordert das Interesse des Erklärenden, daß die Erklärung mit dem Zugehen als wirksam betrachtet wird ohne Rücksicht auf dessen Zustand. Bei einem Anwesenden habe ich hingegen die leichte Möglichkeit, zu sehen, in welchem Zustande sich dieser befindet, und dem muß ich auch Rechnung tragen. Mündliche Willenserklärungen können daher einer Person, die sich in einem der in § 105 Abs. 2 BGB. erwähnten Zustande befindet, nicht wirksam abgegeben werden; das erfordert das Schutzbedürfnis des Adressaten.

Zweiter Teil.

# Verhindern des Wirksamwerdens einer Willenserklärung.

## A. Allgemeines.

Nachdem wir uns nun über den Begriff des Wirksamwerdens einer Willenserklärung Klarheit verschafft haben, kann ich mich dem zweiten Teil meiner Aufgabe zuwenden; nämlich zu untersuchen, welche rechtlichen Folgen sich an die vorsätzliche oder fahrlässige Verhinderung des Wirksamwerdens einer Willenserklärung anknüpfen können. Dabei kommt hauptsächlich nur das Verhindern des rechtzeitigen, nicht des Wirksamwerdens überhaupt in Betracht. Denn § 132 BGB. läßt durch die Bestimmung, daß die Zustellung einer Willenserklärung durch die Hilfe des Gerichtsvollziehers gestattet ist und demnach auch die zugestellte, nicht zugegangene Willenserklärung als zugegangen gilt, eine Verhinderung des Wirksamwerdens auf die Dauer nicht zu. Eine völlige Vereitelung ist durch die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über die Zustellung und, da § 132 Abs. 2 BGB. unter Umständen sogar die öffentliche Zustellung vorsieht, ausgeschlossen.

Ist aber die Abgabe einer Willenserklärung an eine Frist, insbesondere an eine kurze Frist gebunden, so kann der Adressat

durch sein Verhalten das Wirksamwerden so lange hinausschieben, daß die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher rechtzeitig nicht mehr möglich ist und die Frist zum Nachteil des Erklärenden verstreicht.

Hier sei folgendes praktische Beispiel angeführt:

Der Vermieter sendet dem Mieter am Tage vor dem Kündigungstermin einen Einschreibebrief, worin er dem Mieter kündigt. Der Mieter hat von der Kündigungsabsicht erfahren und verreist während der kritischen Zeit. Der Postbote nimmt deshalb den Brief wieder mit. Die einige Tage später erfolgte Kündigung weist der Mieter als verspätet zurück.

Ist tatsächlich in einem solchen Falle die Kündigung nicht wirksam erfolgt?

Die Billigkeit verlangt darnach, die Kündigung als rechtzeitig anzusehen; für uns steht aber die Frage zur Entscheidung: ist ein solches Ergebnis auch nach dem Gesetze begründet?

Bevor wir selbst zu der Frage Stellung nehmen, seien im folgenden zunächst die in Praxis und Literatur besonders hervorzuhebenden Theorien über diesen Gegenstand kritisch gewürdigt.

## B. Die einzelnen Theorien.

### 1. Fiktionstheorie.

(§ 162 BGB.; Habicht.)

Zwar ist die zur Erörterung stehende Frage bereits auf dem Boden des gemeinen Rechts von Maas (Der Vertragsschluß auf elektrischem Wege S. 71, 72) aufgeworfen worden, jedoch nur sehr beiläufig und ohne daß weitere Konsequenzen daraus gezogen wurden. Der Schriftsteller aber, der dieses Problem zuerst ausführlich behandelt hat, war Habicht (in DJZ. 1901 S. 263ff.). Er stellt sich auf die Seite der Schriftsteller, die bereits zur Zeit der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches das Verlangen stellten, daß das Gesetz die Fiktion aufnähme, daß eine Willenserklärung auch dann als wirksam gelten müsse, wenn der Empfänger das Wirksamwerden schuldhaft verhinderte.

So hatte z. B. Zitelmann (Rechtsgeschäft S. 169) folgende Fassung des § 74 des Entw. vorgeschlagen:

Abs. 1 . . .

Abs. 2. Unter Zukommen versteht das Gesetz, daß die Erklärung zur Kenntnis des andern komme. Dieser kann sich jedoch auf seine Nichtkenntnis nicht berufen, wenn er die Kenntnisnahme vorsätzlich oder fahrlässig gehindert hat.

Diesem Vorschlage schlossen sich auch andere Schriftsteller an, wie Kohler (Arch. f. bürgerl. R. Bd. 1 S. 296), Bähr (Krit. Schr. Bd. 30 S. 332), Hölder (im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 73 S. 71), jedoch blieb ihr Wunsch unberücksichtigt. Trotzdem verlangen andere, wie Rehbein (Das BGB mit Erläuterungen Bd. 1, Berlin 1899), Zitelmann (Allgem. Teil S. 96) usw. es tun, auch ohne gesetzliche Vorschrift und ohne nähere Begründung, daß bei Verhinderung die Fiktion aufzustellen sei, daß die Willenserklärung dennoch zugegangen sei. Und sogar die Rechtsprechung hat sich (OLG. Hamburg in Seufferts Arch. Bd. 50 Nr. 77) dieser Richtung angeschlossen.

Habicht zeichnet sich aber vor allen dadurch aus, daß er diese Fiktion auf Grund positiver Gesetzesvorschrift zu rechtfertigen sucht.

Er beschränkt seine Erörterung auf die Fälle, wo der Adressat zur Entgegennahme der Erklärung verpflichtet und die Abgabe an eine Frist gebunden ist, derart, daß sie überhaupt nachher nicht mehr abgegeben werden kann, oder doch wenigstens zu dem Termin nicht. Dabei unterscheidet er zwei Arten von verschieden zu behandelnden Fällen:

1. wenn der zur Entgegennahme Verpflichtete das Wirksamwerden absichtlich verhindert;

2. wenn die Verhinderung allein durch Umstände, die in der Person des zur Entgegennahme verpflichteten Adressaten begründet sind, eingetreten ist.

In den ersten Fällen will er den § 162 BGB. anwenden. Denn wenn der Adressat, so führt er aus, absichtlich die Erklärung vereitle, so verhindere er damit wider Treu und Glauben den Eintritt der für ihn nachteiligen Bedingung, daß vor dem bestimmten Zeitpunkt die entscheidende Erklärung dem Gegner abgegeben wird. Daher müsse nach § 162 BGB. eine absichtliche Vereitelung des Zugehens einem wirklichen Zugehen gleichgestellt werden; dementsprechend auch die verspätete der rechtzeitig erfolgten.

Es ist nicht zu leugnen, daß die Heranziehung des § 162 ein naheliegender Gedanke ist! Leider aber geht aus Habichts Ausführungen nicht ganz klar hervor, worin er bei dem Zugehen einer Willenserklärung die Bedingung erblickt. Denn auf S. 266 Spalte 1 hat es den Anschein: die Abgabe einer Willenserklärung binnen einer bestimmten Frist, durch deren Zugehen der Eintritt der Rechtsfolge bedingt ist; weiter unten findet sich der Satz in der Form: „Die Bestimmung, wodurch dem Gegner für die Ausübung dieses Rechts (der Abgabe einer Willenserklärung) eine Frist gesetzt wird, kennzeichnet sich eben, richtig

aufgefaßt, als eine Bedingung, von der jenes Recht abhängt". So haben auch Schriftsteller, die die Ansicht Habichts bekämpfen, das Bedingungsähnliche verschieden aufgefaßt, und zwar in dem Zugang der Erklärung, so Planck (Komm.) und Hölder (DJZ. 1901 S. 340), oder in der Einhaltung der Frist, so Dernburg Bd. 1 S. 451). Ob aber das eine oder andere vorliegt, ist insofern nicht von Bedeutung, als es sich in beiden Fällen nicht um Bedingungen, sondern um condiciones juris handelt. In beiden Fällen muß aus diesem letzteren Grunde der Habichtsche Vorschlag abgelehnt werden. Denn darüber herrscht wohl allgemein Einstimmigkeit, daß unter Bedingung im Sinne des § 162 BGB. eine dem Rechtsgeschäft durch Parteiwillen hinzugefügte Nebenbestimmung zu verstehen ist im Gegensatz zu den wesentlichen gesetzlichen Begriffsmerkmalen eines Rechtsgeschäftes (accidentalia negotii im Gegensatz zu essentialia negotii), daß ferner die gesetzliche Bestimmung für solche Bedingungen unmöglich auf gesetzliche Erfordernisse eines Rechtsgeschäftes, wie hier das Wirksamwerden einer Willenserklärung, angewandt werden kann, vgl. z. B. Dernburg S. 502; Cosack S. 203; Staudinger S. 492; Hölder, Komm. S. 343; Engelmann S. 115 u. a.; RG. Bd. 58 S. 141.

Verkennen läßt sich freilich nicht, daß bei dem Kauf auf Probe (§ 495), den Habicht beispielsweise anführt, eine wirkliche Bedingung, nämlich die Billigung des gekauften Gegenstandes, vorliegt und man hier die Bestimmung des § 162 BGB. anwenden kann. Dieses Rechtsgeschäft ist aber ausdrücklich als ein bedingtes vom Gesetzgeber anerkannt und muß deshalb als Ausnahme gelten.

Auch die Anwendung des § 162 auf besonders geartete Fälle ist schon deshalb zu verneinen, weil sie dem Schutzbedürfnis des geschädigten Teiles nicht in allen Fällen und in ausreichendem Maße gerecht wird; nämlich z. B. in den von Habicht angeführten Fällen nur bei Verstoß gegen Treu und Glauben, während § 162 bei sonstigen schuldhaften Verhinderungen nicht gelten soll.

Wenn Habicht endlich meint, daß der § 162 BGB., wenn auch nicht unmittelbar, so doch sicherlich analog zur Anwendung kommen müsse, so ist auch diese Auffassung, welche auch das Reichsgericht, wie später noch zu zeigen ist, angenommen hat, m. E. abzulehnen.

Allerdings kann man den Gedanken nicht abtun mit der Bemerkung, wie David (in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 232 ff.) es tut, daß es sich im § 162 um eine Sondervorschrift handle, die einer ausdehnenden Anwendung nicht fähig sei. Sondern der

Grund der Ablehnung liegt darin, daß Habicht nach meiner Überzeugung die Analogie zu Unrecht angewandt hat.

Nach Regelsberger (Pand.) ist es eine tiefe, in unserer sittlichen Anschauung wurzelnde Forderung, daß gleiche Tatbestände nach derselben Norm beurteilt werden. Aber nur wenn tatsächlich gleiche Tatbestände, d. h. wesensgleiche Tatbestände vorhanden sind, darf man die Analogie verwenden. Wohl hat nun, das ist nicht zu leugnen, der Tatbestand des § 162 mit demjenigen, von dem wir als Beispiel ausgegangen sind, eine gewisse Wesensverwandtschaft, indem in beiden Fällen der Eintritt eines Ereignisses, von dem die Wirkung einer Erklärung abhängt, durch einen Beteiligten vorsätzlich und widerrechtlich verhindert wird. Eine Formel, die den beiden Fällen gemeinschaftlichen Tatbestand noch enger umschreibt, läßt sich aber kaum finden. Daraus würde sich der für die Analogie allein verwendbare Obersatz ergeben, daß das Ereignis, dessen Eintritt wider Treu und Glauben verhindert wurde, als eingetreten anzusehen sei.

Das wäre auch eine Norm, die, aus dem gegebenen Rechtssatz abgeleitet, sowohl den geregelten wie auch den ungeregelten Tatbestand umfaßte; die jedoch von einem derartig allgemeinen Inhalt ist, daß sie schlechterdings nicht vertreten werden kann. Habicht hat aber nicht nach diesem Obersatz gesucht, sondern ohne weiteres auf Grund der Ähnlichkeit der beiden Tatbestände den Analogieschluß gezogen, ein Verfahren, was mit Recht als unmethodisch und gefährlich bezeichnet wird (v. Blume S. 10).

Ein wesentliches Argument gegen Habichts entsprechende Anwendung des § 162 führt ferner Breit (in Seufferts Bl. S. 593) an, indem er mit Recht darauf hinweist, daß ein solches Verfahren im günstigsten Falle zur Fiktion bei einer Vereitlung durch den von der Erklärung Betroffenen, nicht aber bei der Vereitlung durch den Adressaten führen würde. Wenn z. B. A und B zugunsten des C kontrahieren und A will den Vertrag anfechten, so könnte vielleicht eine analoge Übertragung des Grundgedankens des § 162 zu dem Ergebnisse führen, daß bei Vereitlung der Abgabe der Anfechtungserklärung durch C die Anfechtungserklärung als abgegeben gilt.

Eine analoge Anwendung des § 162 bei Vereitlung der Abgabe durch den an der Erklärung schlechterdings nicht interessierten B sei aber nicht zu rechtfertigen.

So hat denn auch Habicht in der Literatur wenig Anhänger gefunden. U. a. ist auch Enneccerus (S. 376 Anm. 12) für ihn eingetreten, indem er die analoge Anwendung von § 162

für unbedenklich hält, jedoch die Theorie insofern bemängelt, als sie dem Bedürfnisse nicht in ausreichendem Maße gerecht würde, nämlich nur bei einem Verstoß gegen Treu und Glauben. Ferner auch Titze (S. 448) mit demselben Einwande, während Niendorff (Mietrecht nach dem BGB. S. 294) ihm nur für den besonderen Fall zustimmt, wenn eine besondere Form der Kündigung vereinbart ist und der Gegner das Zugehen arglistig vereitelt. Im übrigen wird Habichts Ansicht aber im allgemeinen bekämpft, so z. B. von Planck S. 236; Dernburg S. 451; Breit in Seufferts Bl. S. 593; Hölder in DJZ. 1901 S. 341 u. a.

Habicht geht aber noch mit seiner Theorie über das bisher Erörterte hinaus, indem er auch den von ihm aufgestellten Grundsatz aus § 162 BGB. auf die zweite Gruppe seiner Fälle anwenden will, wo die Wirksamkeit durch Umstände verhindert wird, die in der Person des zur Annahme der Erklärung verpflichteten Adressaten liegen. Diese Ausdehnung, so meint er, verlangten die Bedürfnisse des Verkehrs.

Ein solches Verfahren verstößt aber gegen die Auslegungsregeln. Denn man kann nicht Rechtsfolgen, die das Gesetz ausdrücklich bei bestimmtem, arglistigem Verhalten eintreten läßt, ohne weiteres auf Fälle von Fahrlässigkeit oder gar Zufall ausdehnen. Das dringende Verkehrsbedürfnis allein rechtfertigt die Ansicht nicht, denn das wäre Schaffung eines Rechtssatzes ohne Mitwirkung des Gesetzgebers, was wohl im römischen Recht durch die Prätoren möglich war, heute aber die größte Willkür bedeuten würde und abzulehnen ist. Merkwürdig ist übrigens, wie Habicht sich hierbei mit dem § 130, der ein Hindernis zu bilden scheint, abfindet, indem er ungefähr folgendes ausführt: . . . § 130 sagt nicht, daß eine Willenserklärung dem Abwesenden gegenüber nur im Falle des Zugehens wirksam wird, sondern daß sie jedenfalls dann wirksam wird! Ebenfalls eine der ganzen Entstehungsgeschichte und dem Sinn der Bestimmung widersprechende, fast willkürliche Auslegung.

### 2. Theorie der Analogie nach den Bestimmungen des Annahmeverzuges einer Leistung.

(Habicht, Titze).

Habicht will weiter für einen Teil der von seiner Theorie nicht gedeckten Fälle eine Abhilfe schaffen, indem er folgenden Satz aufstellt: „Wie der Gläubiger eine Leistung, so muß der

Adressat eine Willenserklärung annehmen; nimmt der Gläubiger die gehörig angebotene Leistung nicht an, so kommt er, auch wenn ihn kein Verschulden trifft, in Verzug. Dasselbe müsse auch von dem Adressaten gelten, der das Zugehen einer Willenserklärung verhindere. Eigentümlich hierbei ist, daß er diese Analogie nicht unmittelbar für seine Ansicht verwertet, sondern nur die Ähnlichkeit der Fälle feststellen will, die nicht so verschieden sein könnten, daß im 1. Falle der eine, im 2. Falle der andere allein den Schaden tragen sollte. Für ihn ist der entscheidende Gesichtspunkt: „Daß es mit nichts zu rechtfertigen wäre, den Gegner ein ihm eingeräumtes Recht darum einbüßen zu lassen, weil auf seiten des Adressaten Umstände vorgelegen haben, die die Erklärung über die Ausübung des Rechts zu dem bestimmten Zeitpunkt verhinderten. Auf solche Weise aber ist, wie schon vorher dargetan wurde, keine Rechtsfolge herzuleiten.

Titze Jherings Jahrb. Bd. 47 S. 452ff. hat den von Habicht beiläufig erwähnten Gedanken der Analogie des Annahmeverzuges aufgegriffen und weiter ausgebaut.

Während aber Habicht (S. 268) zu dem Ergebnis kommt, daß die Erklärung als zugegangen gelten müsse, also die Fiktion anwendet, will Titze dadurch helfen, daß er den Adressaten, wenn das Zugehen aus in seiner Person liegenden Gründen scheitert, nach Analogie des Gläubigers im Annahmeverzuge für verpflichtet erklärt, die später doch noch zugehende Erklärung gegen sich gelten zu lassen, wenn sie ihm angemessene Zeit nach dem Fristablauf zugeht. Er begründet seine Ansicht folgendermaßen:

„Soweit es sich um die Rechtzeitigkeit einer Willenserklärung handelt, ist der Empfänger an deren Abgabe in ähnlicher Weise interessiert wie der Gläubiger eines Schuldverhältnisses an der Bewirkung der Leistung. Wenn der Schuldner das seinerseits Erforderliche zur Erfüllung der Verbindlichkeit getan hat und es lediglich am Gläubiger liegt, daß letzteres nicht geschehen ist, so ist der Schuldner von der rechtzeitigen Erfüllung befreit, der Gläubiger muß sich mit der verspäteten Leistung zufrieden geben". Diesen Rechtssatz analog auf unseren Fall anzuwenden, liegt nach Titze nicht nur nahe, sondern erscheint geradezu geboten. Aber ebensowenig wie dort die infolge des Verhaltens des Gläubigers unterbliebene Leistung als bewirkt fingiert wird, sondern nachträglich bewirkt werden muß, kann hier die nicht zugegangene Willenserklärung als zugegangen gelten, sondern muß ebenfalls nachträglich zugesandt werden.

Der Empfänger darf die Erklärung nicht wegen Fristablaufs beanstanden.

Diese Theorie von Titze ist im Ergebnis zwar befriedigend und billig. Nach meiner Überzeugung läßt sie sich aber nur dann rechtfertigen, wenn man dabei ganz bestimmt passend gewählte Fälle im Auge hat. Es läßt sich aber wohl schwerlich behaupten, um einen anderen Fall anzuführen, daß der Beschenkte, dem gegenüber der Schenker eine Widerrufserklärung wegen groben Undankes abgeben will, ein ähnliches Interesse an dem Empfang der Willenserklärung hat wie der Gläubiger an der Bewirkung der Leistung durch den Schuldner.

Die Theorien Habichts und Titzes sind aber auch überhaupt abzulehnen, weil die Voraussetzungen, die beide Schriftsteller ihrer Auffassung zugrunde legen, fehlen.

Beim Gläubigerverzug nimmt der Gläubiger dem Schuldner die Möglichkeit, einer Verpflichtung nachzukommen; hier ist es billig, wenn der Berechtigte den Schaden der von ihm selbst verursachten Verzögerung tragen muß. Bei der Vereitelung des Wirksamwerdens einer Willenserklärung dagegen ist dem Berechtigten die Möglichkeit der Verwirklichung eines Rechts genommen. Beide Tatbestände zeigen keine verwandten Züge, die für den einen gegebenen Bestimmungen kann man auf den anderen deshalb nicht ausdehnen.

Gegen die Analogie richten sich auch v. Blumes (S. 6 f.) interessante Darlegungen, mit denen er nachweist, daß Titze sich nicht über das Wesen der Analogie, über die Methode, wie sie verwandt werden müsse, klar gewesen sei.

Eine Analogie ist nur dann anwendbar, wenn aus dem bekannten Satz ein Obersatz gefunden wird, unter den derjenige Tatbestand fällt, für den der Rechtssatz gesucht wird. Dabei darf der Obersatz nicht so allgemein gehalten werden, daß er positiven Gesetzesbestimmungen widerspricht. Das ist aber bei Titzes Analogieversuchen der Fall. Denn wenn Titze an Stelle der Erfüllungshandlung den allgemeinen Begriff Willenserklärung, und auch an Stelle der Nichtannahme der angebotenen Erfüllung — „Unterbleiben des Zugehens der Erklärung aus Gründen, die in der Person des Adressaten liegen“ — stellt, so ist beides bedenklich. Erfüllungshandlungen sind durchaus nicht immer Willenserklärungen des Schuldners, ihr gemeinsamer Oberbegriff wäre „Handlung“. Auch der Oberbegriff für die „Nichtannahme der angebotenen Leistung“ und der Verhinderung des Zugehens muß dahin gefaßt werden: „Versuch einer Handlung, der deshalb fehlschlägt, weil die erforderliche Beteiligung eines anderen unterbleibt“. Mit diesem Obersatz v. Blumes

würde sich folgender verbesserter Titzescher Analogieschluß ergeben:

„Ist eine Rechtshandlung, die einem anderen gegenüber innerhalb bestimmter Frist vorzunehmen war, rechtzeitig versucht worden, aber nicht zur Ausführung gelangt, weil die erforderliche Beteiligung des anderen unterblieben ist, so trägt der andere die Gefahr der Verzögerung".

Ein solcher Satz würde aber in seinen Konsequenzen zu weit gehen, wie v. Blume treffend an Beispielen dargetan hat. Demnach ist in unserem Falle mit der Analogie des Gläubigerverzuges nicht zu helfen. Die Tatsache, daß der Adressat der Annahmeerklärung nicht bereit gewesen ist, sie zu empfangen, genügt allein noch nicht, um die Rechtslage zugunsten des Erklärenden zu beeinflussen.

Ein überraschendes Ergebnis ist das nicht. Denn Breit S. 595 hat schon Titze ebenfalls mit Recht entgegengehalten, daß es doch kein allgemeiner Grundsatz sei, daß der Absender einer Erklärung die Gefahr ihres Zuganges trägt, und es leuchte nicht ein, warum dieser Grundsatz gerade in den Fällen durchbrochen werden solle, wo der Umstand, der den Zugang verhindert, in der Person des Adressaten liegt. Soll die Gefahr auf diesen abgewälzt werden, so müssen schon besondere Umstände in seiner Person eintreten, die solches rechtfertigen. Und wenn einmal der Absender den Zufall bei der Übermittelung zu tragen hat, so muß es gleichgültig sein, ob der Zufall auf die Person des Adressaten oder eines Dritten zurückzuführen ist. Darin ist Planck durchaus beizustimmen.

### 3. Analogie nach § 530 Abs. 2 BGB.

(Wendt, v. Blume).

Zu einem ähnlichen Ergebnisse wie Titze kommt Wendt (Unterlassungen und Versäumnisse im Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 92 S. 1 ff.) durch analoge Anwendung des § 530 Abs. 2 BGB., der lautet:

> Dem Erben des Schenkers steht das Recht des Widerrufs nur zu, wenn der Beschenkte vorsätzlich oder widerrechtlich den Schenker getötet oder am Widerruf gehindert hat.

Bei einer vorsätzlichen Verhinderung soll also das Recht fortdauern, während es sonst durch den Tod des Schenkers erlischt. Diese Vorschrift überträgt Wendt in entsprechender

Weise auf den Fall des Verhinderns des Zugehens einer Willenserklärung. Er führt S. 212 aus:

„Wie bei der Schenkung der Tod des Schenkers den Widerruf ausschließt, so beseitigt hier der Fristablauf die Möglichkeit der Erklärung. Es wird also in der Tat die gleiche Rechtsfolge ausgesprochen, wenn wir annehmen, die Frist bleibe nur der Verhinderung willen noch offen".

Aus dieser einzelnen besonderen Vorschrift aber einen allgemeinen Grundsatz von so allgemeiner Bedeutung abzuleiten, halte ich für unzulässig. Auch geht aus den Motiven Bd. 2 S. 302 hervor, daß die Bestimmung in das Gesetzbuch nur aufgenommen wurde, weil die Widerruflichkeit der Schenkung allgemein geltendes Recht war. Man glaubte sich in dieser Richtung „gegen die überall in den Rechten anerkannten und auch im heutigen Rechtsbewußtsein wurzelnden Gebote der Ethik keineswegs indifferent verhalten" zu dürfen. Man war sich jedoch bewußt, daß dieses Widerrufsrecht vom juristischen Standpunkt aus eigentlich anomal erschien.

Auch v. Blume benutzt, allerdings nur zum Teil, die Bestimmung des § 530 Abs. 2 BGB. zur Lösung unseres Problems. Er wirft zunächst S. 11 die Frage auf, ob die Bestimmung, daß die Erklärung nachgeholt werden könnte, wenn die rechtzeitige Abgabe durch den, zu dessen Nachteil sie gereichen würde, vorsätzlich und widerrechtlich verhindert wird, als eine Ausnahme zu betrachten sei, oder ob sie auf jeden Fall der vorsätzlichen widerrechtlichen Verhinderung einer Willenserklärung entsprechend angewendet werden könne. Er spricht sich für die letztere Ansicht aus und beruft sich zur Begründung dieser Auffassung darauf, daß das Gesetz eine Reihe Sondervorschriften enthalte, um widerrechtlich herbeigeführte Vermögensschiebungen zu beseitigen, ohne zu dem Mittel des Schadensersatzes zu greifen. Diesen Sondervorschriften liege aber ein Gedanke von allgemeiner Bedeutung zugrunde; v. Blume verweist hierbei zunächst auf § 123 BGB., wonach derjenige, der von einem anderen vorsätzlich und widerrechtlich zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt worden ist, diese Erklärung durch Anfechtung wirkungslos machen kann. Auf einer Linie damit stehe die Bestimmung des § 2339 Nr. 2, nach welcher der Erbschaftserwerb durch den Nächstbeteiligten angefochten werden könne, wenn der Erbe den Erblasser vorsätzlich und widerrechtlich verhindert hat, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder aufzuheben. In beiden Fällen sei vom Gesetz das gleiche Mittel zur Bekämpfung des Unrechts gewählt, nämlich Beseitigung der Wirkung des

rechtswidrigen Verhaltens durch eine Erklärung des Benachteiligten.

Und hieran gliedert er die Bestimmung des § 530. Ein Anfechtungsrecht werde hier zwar nicht gewährt, aber der Erfolg sei derselbe, weil dem Beteiligten Nachholung der verhinderten Erklärung gestattet sei. Aus diesen nach seiner Meinung innerlich zusammenhängenden Bestimmungen zieht er die Folge in dem Satz:

Ist jemand von einem anderen vorsätzlich und widerrechtlich zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt oder an der Abgabe einer solchen verhindert worden, so kann er dem anderen gegenüber die Wirkungen der Erklärung oder ihrer Unterlassung durch Anfechtung oder durch Nachholung der Erklärung beseitigen.

Es ist nicht zu leugnen, daß v. Blumes Ansicht etwas Bestechendes hat, weil in der Tat nach § 530 Abs. 2 BGB. eine Willenserklärung, deren Abgabe vorsätzlich verhindert worden ist, nachgeholt werden kann. Sollten aber die drei erwähnten Bestimmungen wirklich in einem inneren Zusammenhang stehen und die Ausflüsse eines gemeinsamen Prinzips sein? — Das ist m. E. sehr zu bezweifeln. Denn die genannten Vorschriften tragen einen solch singulären Charakter und stehen derart vereinzelt, daß es viel näher liegt, den umgekehrten Schluß daraus zu ziehen; nur weil der Gesetzgeber einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des gedachten Inhaltes nicht aufstellte oder in sein Gesetz legte, hat er an jenen Stellen aus praktischen Rücksichten die besonderen Vorschriften erlassen. Die Fälle, in denen jene Regel zu berücksichtigen ist, sind nicht wenige; diejenigen, bei denen sie hervorgetreten sein soll, sind nicht gerade die wichtigsten.

Dabei trägt die maßgebliche Bestimmung des § 530 besonders singuläre Natur, und die Beweggründe, aus denen hier eine Widerrufserklärung gewährt wird, sind ganz anderer Art wie bei den unserer Betrachtung zugrunde liegenden Fällen. Dort kann die Erklärung durch Ausübung des Widerrufsrechts deshalb nachgeholt werden, weil der Empfänger mit Zwangsmitteln den Erklärenden an der Abgabe seiner Erklärung verhindert und sich dadurch diesem gegenüber einer schweren Verfehlung schuldig gemacht hat. — Wir aber suchen nach einem Schutze für den Absender in den gewöhnlichen Fällen, in denen sich der Empfänger schlechthin dem Zugehen der Erklärung entzieht, ohne durch Anwendung von Zwangsmitteln den Absender an der Abgabe zu hindern. — Daß es sich im § 530 um eine nicht ausdehnungsfähige Sondervorschrift handelt,

geht auch daraus hervor, daß nicht einmal an einer Stelle, wo man es eigentlich erwarten sollte, darauf verwiesen wird, nämlich in § 1584 BGB., der ebenfalls vom Widerrufsrecht des Schenkers, und zwar gegenüber seinem bei der Scheidung allein für schuldig erklärten Ehegatten handelt.

Gegen die von v. Blume vorgeschlagene Lösung spricht endlich auch der Umstand, daß seine Theorie nur bei vorsätzlicher Handlungsweise in Betracht kommt, während in den anderen Fällen schuldhaften Verhaltens des Adressaten der Erklärende unbehelligt bleiben soll! Das ist aber ein unbefriedigendes Ergebnis.

#### 4. Treu und Glauben.

Unser Problem ist nach meiner Überzeugung auch nicht von den Schriftstellern in genügender Weise gelöst worden, die die Vorschriften von Treu und Glauben in Anwendung bringen wollen. Sie kommen zu dem Resultate, daß die Erklärung auch noch nachträglich wirksam abgegeben werden kann. — Zwar kommt diese Theorie zu einem billigen Ergebnis; sie hat auch viele Anhänger gefunden, wie Dernburg (Bd. 1 S. 451), Enneccerus (S. 377), Staudinger (S. 427) u. a.; sogar das höchste Gericht hat sich ihr angeschlossen. Trotzdem möchte ich versuchen, diese Theorie zu widerlegen, da sie nach dem bestehenden Gesetze nicht begründet erscheint. — Am zweckmäßigsten geschieht dies an Hand der in RG. Bd. 58 S. 406 ff. wiedergegebenen Entscheidung. Dieser Entscheidung lag kurz folgender Tatbestand zugrunde:

Der Beklagte schreibt am 7. April an die Klägerin: „Für Ihre Hypothek biete ich Ihnen 7000 Mk. An dieses Gebot halte ich mich bis Mittwoch den 9. cr. abends gebunden". Am 9. Nachmittags sendet die Klägerin durch einen eingeschriebenen Brief dem Beklagten die Annahmeerklärung zu. Der Postbote trifft jedoch den Beklagten nicht an und kann ihm den Brief erst am folgenden Tag überreichen. Da aber erklärt der Beklagte der Klägerin, daß er an die Offerte nicht mehr gebunden sei. — Die Klägerin hielt den Vertrag für abgeschlossen, da der Beklagte keinen Empfangsbevollmächtigten bestellt und das Zugehen der Annahmeerklärung arglistig oder schuldhaft verhindert habe.

Sie klagte auf Erfüllung, und das Reichsgericht hat ihr Recht gegeben. Es nimmt zwar an, der Brief sei nicht rechtzeitig zugegangen, um aber die Unzuträglichkeiten, die sich aus der im § 130 BGB. angenommenen Empfangstheorie für den

Rechtsverkehr ergeben könnten, zu beseitigen, schlägt es folgenden Weg ein (S. 408/09): „Nach §§ 162 und 315 BGB. gelten eine Bedingung und ein mit einer Leistung bezweckter Erfolg als eingetreten, wenn der Eintritt wider Treu und Glauben vereitelt ist. Diese Bestimmungen sind nicht Ausnahmevorschriften, sondern Einzelanwendungen des das Bürgerliche Gesetzbuch beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben. Ihre entsprechende Anwendung auf Fälle der vorliegenden Art ist demnach nicht ausgeschlossen, sondern geboten .... Für den Fall des Verschuldens passen jene Anwendungsfälle des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben nicht; aber der Grundsatz ist eben auf jene Anwendungsfälle nicht beschränkt, sondern beherrscht den ganzen rechtsgeschäftlichen Verkehr. Wer die Verspätung des Zugehens einer für ihn bestimmten Willenserklärung verschuldet hat, hat dadurch freilich nicht gegen Treu und Glauben verstoßen; wohl aber handelt er gegen Treu und Glauben, wenn er aus seinem Verschulden zum Nachteile des anderen einen Vorteil herleiten will".

Damit hat das Reichsgericht einen neuen Rechtssatz — die exceptio doli generalis — in das Bürgerliche Gesetzbuch eingeführt, hat sich gesetzgeberische Gewalt zugelegt, die ihm nicht zusteht. Hier steht das Reichsgericht auf dem Standpunkt Hachenburgs (S. 9), der verlangt, daß eine Rechtsfolge, die aus dem Vorhandensein der vom objektiven Recht geforderten juristischen Tatsachen sich ergibt, trotzdem zu versagen ist, wenn ein Ergebnis wider Treu und Glauben vorliegt. Über der Rechtslogik stehe der Gedanke der bona fides, der Redlichkeit und Billigkeit.

Dem ist indessen nur insoweit zuzustimmen, als das Recht der Billigkeit entsprechen soll, die Billigkeit kann und darf aber nicht über das gesetzte Recht gestellt werden; nur das zu schaffende Recht kann unter ihr stehen. Mit den Bestimmungen von Treu und Glauben gibt das Gesetz dem Richter nur einen Maßstab, den er bei der Anwendung des Rechtes auf den konkreten Fall anlegen soll.

Es ist zwar zuzugeben, daß der Grundsatz von Treu und Glauben den ganzen rechtsgeschäftlichen Verkehr beherrscht, also nicht nur bei Verträgen (§ 157, 242), sondern auch bei einseitigen Rechtsgeschäften zur Anwendung zu kommen hat; andererseits ist ihre Anwendung begrenzt dadurch, daß sie nur an 5 Stellen (§§ 157, 162, 242, 320, 815 BGB.) vorkommt und man bei ihrer Anwendung wenigstens in einem dieser Paragraphen eine sichere Stütze haben muß.

Deshalb wendet sich auch v. Blume mit Recht gegen die

Entscheidung des Reichsgerichts und die denselben Gedanken vertretenden Schriftsteller. Und darin glaube ich ihm beipflichten zu müssen, daß nur zweierlei in dem entschiedenen Falle möglich war: entweder der Vertragsantrag ist nicht angenommen, dann kann der Antragsgegner auch nicht gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn er daraus Rechte herleiten will. Oder aber der Vertrag ist zustande gekommen; dann bedarf es für den Antragsteller keiner Berufung auf Treu und Glauben! — „Einen allgemeinen Rechtssatz, durch den das Recht sich selbst entkräftet, gibt es nicht."

Damit erübrigt es sich, auf die nur in unwesentlichen Punkten abweichenden Ansichten der obengenannten Schriftsteller einzugehen, von denen Dernburg und Staudinger die Einrede im Gegensatz zum Reichsgericht nicht nur gewähren, wenn das rechtzeitige Wirksamwerden durch den Adressaten schuldhaft verhindert, sondern auch, wenn es sonst infolge von Umständen, die in seiner Person liegen, vereitelt wird; während Enneccerus wiederum einschränkt und sie nur gelten läßt für einen Umstand, auf dessen Nichtvorhandensein der Erklärende rechnen durfte.

An dieser Stelle ist auch der Theorie Hölders (DJZ. 1901 S. 342) Erwähnung zu tun. Seine Argumentation unterscheidet sich von der der übrigen insofern, als nach ihm niemals eine Willenserklärung ohne ihre wirkliche Vollziehung zur rechtlichen Existenz gelangen kann. Ist eine Frist versäumt, so erfordert nach Hölder Treu und Glauben ihre Behandlung als einer nicht versäumten oder noch laufenden und damit nicht die Fiktion bereits erfolgter, sondern nur die Möglichkeit noch erfolgender Erklärung. Auch er stellt es also dem Richter anheim, nach seinem Ermessen und Billigkeitsgefühl im Falle der Verhinderung des rechtzeitigen Zugehens einer Erklärung eine Entscheidung zu fällen. Auch er bleibt für sein Resultat eine Begründung, die sich auf das positive Recht stützen kann, schuldig. Mag das Billigkeitsgefühl noch so sehr die Wirksamkeit der Erklärung unter solchen Umständen fordern, jedenfalls sind die Vorschriften von Treu und Glauben, wie wir dargetan zu haben glauben, zu schwach, um Abhilfe zu schaffen. Hölders Theorie ist daher ebenfalls unannehmbar.

### 5. Lösung auf Grund der §§ 121 u. 149 BGB.

Landau (S. 55) hat die Lösung der Frage auf eigenartige Weise versucht, indem er aus einem den §§ 121 u. 149 BGB. nach seiner Meinung zugrunde liegenden gleichen Gedanken

den allgemeinen Rechtssatz S. 70 herleitet, daß die rechtzeitig abgegebene Erklärung grundsätzlich als eine rechtzeitige zu behandeln sei. Dieser Satz gelte uneingeschränkt für den Fall, daß das Zugehen der Erklärung infolge von Umständen, die mit der Person des Adressaten zusammenhängen, verspätet erfolgt sei. Bei der Verspätung durch äußere Ursachen sei zu unterscheiden, ob ein schutzwürdiges, gesteigertes Interesse des Adressaten an der Rechtzeitigkeit des Zugehens bestehe, dann habe der Adressat das Recht, die Erklärung abzulehnen, das er unverzüglich ausüben muß. Bestehe solch ein Interesse des Adressaten aber nicht, dann gelte der an die Spitze gestellte Grundsatz wieder uneingeschränkt.

Es ist zugegeben, daß dieser Grundsatz den besonderen Bestimmungen der §§ 121 u. 149 BGB. entspricht, wonach die einem Abwesenden gegenüber erfolgte Anfechtung (§§ 119, 120) als rechtzeitig erfolgt gilt, wenn sie unverzüglich abgesandt worden ist und die rechtzeitig abgesandte, aber verspätet zugegangene Annahmeerklärung einer Offerte als rechtzeitig behandelt wird, nur daß der Adressat das Recht hat, die verspätet zugegangene Erklärung abzulehnen. Es ist indessen nach meiner Überzeugung unzulässig, aus zwei vom Gesetze für spezielle Fälle aufgestellten Fiktionen eine derartig umfassende Regel herzuleiten. Hier gilt dasselbe, was ich oben gegen die Theorie Wendts und v. Blumes vorgebracht habe. Wollte man der Ansicht Landaus folgen, so käme man für solche Willenserklärungen, die binnen einer Frist abgegeben werden müßten, in Wirklichkeit zur Annahme der Äußerungstheorie.

Auch seiner Theorie kann ich deshalb nicht zustimmen.

### 6. Schadensersatz.

Die meisten Schriftsteller haben bei Lösung unserer Frage das Hilfsmittel des Schadensersatzes unerwähnt gelassen oder aber als nicht erschöpfend genug und deshalb unbefriedigend abgelehnt, weil es nur bei einer Schadenszufügung wider die guten Sitten in Betracht komme (§ 826 BGB.). Indessen ist dies m. E. nicht mit Recht geschehen; denn wenn jemandem durch einen anderen ein Schaden zugefügt wird, so billigt das Gesetz ihm im allgemeinen einen Ersatzanspruch zu. Deshalb liegt es auch bei der schuldhaften Verhinderung des Zugehens einer Willenserklärung, wodurch dem Erklärenden ein Schaden entstanden ist, näher, diesen Weg zu beschreiten als den der Analogie und Fiktion, zumal in § 249 BGB. der wichtige Grundsatz der Naturalrestitution ausgesprochen ist, der nicht etwa allein

Geldentschädigung gewährt, sondern gerade in unserem Falle es ermöglicht, daß der Adressat eine Willenserklärung als rechtzeitig zugegangen gegen sich gelten lassen muß, deren rechtzeitiges Zugehen er schuldhaft verhindert hat.

### a) Unerlaubte Handlung (§ 823, Breit).

Derjenige Schriftsteller, der am eingehendsten die Schadensersatztheorie behandelt hat, ist J. Breit, in Bl. f. RA. Bd. 71 S. 589ff.). Er bedient sich der sogen. Kannrechte (Rechte des rechtlichen Könnens, Gestaltungsrecht), um zu seinem Ziele zu gelangen. Seine Ansicht ist kurz folgende:

„Wer — nicht allein ein Dritter, sondern auch der Adressat — einen anderen an der Ausübung einer Anfechtungs-, Widerrufs- oder Rücktrittserklärung verhindert, verletzt das diesem zustehende ‚Kannrecht' (Anfechtungs-, Widerrufs-, Rücktrittsrecht). Diese Kannrechte einer Person gehören neben den absoluten und Forderungsrechten zu den sonstigen Rechten im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB., ihre schuldhafte Verletzung macht also schadensersatzpflichtig! Schadensersatz ist aber die Herstellung des früheren Zustandes. Verletzt ein Dritter dieses Recht, so ist nur Schadensersatz in Geld gegeben, da die Herstellung nicht möglich ist. Handelt es sich aber um den Erklärungsgegner, so muß er sich so behandeln lassen, als ob das Kannrecht des anderen noch bestände, er muß also die Erklärung noch nachträglich entgegennehmen".

Eine sehr einfache Lösung hätte damit Breit gegeben, wenn die sogen. Kannrechte in Wirklichkeit so zweifellos unter die sonstigen Rechte des § 823 BGB. gezählt werden könnten, wie er es anzunehmen scheint, indem er zur Begründung anführt u. a., „es sei nicht der geringste Grund vorhanden, die Kannrechte auszuschließen", Gründe aber sind in genügender Anzahl vorgebracht worden, die gegen Breits Ansicht sprechen!

Was verstehen wir unter Gestaltungsrechten?

Zuerst hat wohl Enneccerus (Rechtsgeschäft Beilage III S. 600—622) den Nachweis von dem Vorhandensein solcher Rechte geführt und ihr Wesen erörtert, allerdings mit der Beschränkung zunächst auf die Erwerbsberechtigungen. Zitelmann folgte ihm in seinem Internationalen Privatrecht (Bd. 2, 1). Er stellte den Begriff der Rechte des rechtlichen Könnens der „Kannrechte" auf und faßte darin eine Reihe von Fällen zusammen, in denen eine Person die besondere rechtliche Möglichkeit hat, durch eine Willenserklärung eine Rechtswirkung herbeizuführen oder eine ihr unvorteilhafte Rechtswirkung zu

hindern (S. 43). Voraussetzung der die Macht über gewisse Rechtswirkungen gebenden Kannrechte ist die Möglichkeit ursprünglicher subjektiver Rechte. Von subjektiven Rechten darf man aber nur sprechen, wenn das Recht und damit die Möglichkeit, eine bestimmte Rechtswirkung herbeizuführen, nur einem einzelnen Subjekte, gerade dieser Person im Gegensatze zu allen anderen zusteht. Seckel (in der Festschr. für Koch 1903 S. 205 ff.) schlägt den Ausdruck Gestaltungsrecht vor. Während sich aber Zitelmann und Seckel darauf beschränken, nur die Rechte auf Erwerb mit eigener Handlung unter die Kannrechte zu zählen, geht Enneccerus (Lehrb. S. 153 u. 154 Anm. 12) weiter und nimmt auch diejenigen ohne eigene Handlung hinzu, was m. E. auch berechtigt ist, da es im wesentlichen dasselbe bleibt, ob der Erwerb durch eigene Handlung zu bewirken ist oder von selbst eintritt. Daher möchte ich hier auch die Definition von Enneccerus (Lehrb. S. 153) als die umfassendste und weitest entwickelte wiedergeben, wonach die Rechte auf Rechtsänderung (zuerst so genannt von Hellwig, ZPO. § 32) als die Rechtsmacht anzusehen sind, vermöge deren eine Rechtsänderung, d. h. die Entstehung, Aufhebung oder Veränderung subjektiver Rechte, entweder von uns bewirkt werden kann oder zu unseren Gunsten auch ohne unseren Willen eintritt.

Es erhebt sich nun die Frage, ob solche Rechte auch unter die „sonstigen Rechte“ des § 823 Abs. 1 fallen.

Die herrschende Meinung nimmt an, daß nur absolute Rechte dazu zu zählen seien, indem man den Ausdruck oder ein sonstiges Recht auf das Eigentum bezieht und daraus folgert, daß nur dem Eigentum verwandte Rechte gemeint sein könnten. Dem hat sich auch das Reichsgericht (Bd. 57 S. 335 ff.) angeschlossen, aber mit der Begründung, daß nach dem Wesen des Schuldverhältnisses, wie es in § 241 BGB. bestimmt ist, das Recht des Gläubigers von Dritten nicht verletzt werden könne.

Dieser Ansicht ist nach meiner Überzeugung nicht ganz beizustimmen. Zwar ist zuzugeben, daß im allgemeinen die Forderungsrechte nur durch den Schuldner verletzt werden können, es gibt aber auch Fälle, wo, wie Enneccerus (Lehrb. S. 595) treffend ausführt, wenn auch ausnahmsweise, der Dritte das Forderungsrecht verletzen kann, dann nämlich, wenn der Dritte unmittelbar auf die Forderung einzuwirken vermag, wie z. B. im Falle der unberechtigten Annahme der Zahlung des Schuldners durch den Zedenten. Es könnte in solchem Falle Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB. verlangt werden; denn m. E. gehören grundsätzlich die Forderungsrechte auch unter die sonstigen Rechte dieser Paragraphen! Allerdings ist dabei

anzuerkennen, daß für die Fälle der Verletzung eines obligatorischen Rechtes durch den Schuldner die Bestimmung insofern ohne Bedeutung ist, als diese Fälle speziell im Gesetz geregelt sind und deshalb die meist abweichende Haftung aus einer unerlaubten Handlung neben die besondere Haftung nicht gestellt werden kann. Das schließt aber nicht aus, daß grundsätzlich die Forderungsrechte unter § 823 Abs. 1 fallen.

Man darf also m. E. die Frage, ob auch die Kannrechte unter § 823 Abs. 1 BGB. fallen, nicht damit abtun, daß nicht einmal die Forderungsrechte dazu gerechnet würden. Andererseits erscheint es mir aber auch bedenklich, sie unter den § 823 Abs. 1 als sonstige Rechte einzureihen, weil völlige Klarheit über die Natur der Kannrechte in der Wissenschaft nicht besteht, eine nähere Untersuchung außerdem über den Rahmen der Arbeit hinausgehen würde.

### b) § 249 (Planck).

Endlich ist noch die Theorie Plancks zu erwähnen. Planck verweist auf den Schadensersatzanspruch, der gegen den zur Annahme der Erklärung verpflichteten Adressaten begründet wird, wenn er die Annahme schuldhaft verhindert, durch analoge Anwendung des § 249 BGB. Er meint, derjenige, welcher das Zugehen einer Willenserklärung vereitelt, hat eine ihm, dem Absender, gegenüber obliegende Rechtspflicht verletzt. Infolgedessen ist er diesem schadensersatzpflichtig. Nach § 249 BGB. hat der Empfänger eine Willenserklärung bei schuldhafter Vereitlung ihres Zugehens den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn er nicht pflichtwidrig gehandelt hätte. Da sich nun nicht bewirken lasse, daß das, was innerhalb einer bestimmten Frist nicht geschehen sei, doch innerhalb der Frist geschehen sei, so könne dem § 249 BGB. nur dadurch Genüge geschehen, daß der Adressat, wenn der Absender die Willenserklärung nachträglich abgebe, eine an und für sich verspätete Erklärung wie eine rechtzeitige gegen sich gelten lassen müsse. Gegen diese Konstruktion ist vor allem einzuwenden, wie auch die herrschende Meinung mit Recht annimmt, Planck selbst übrigens auch nicht verkennt, daß eine allgemeine Rechtspflicht zur Entgegennahme von Willenserklärungen nicht besteht. Andererseits ist die Beschränkung Plancks auf Fälle schuldhaften Verhinderns m. E. gerechtfertigt, was in meinen späteren Darlegungen noch deutlicher gezeigt werden soll.

## C. Eigene Lösung.

Bei dem Versuch einer neuen Lösung dieser Frage möchte ich an die beiden letzten Sätze anschließen, daß es keine allgemeine Pflicht zur Entgegennahme von Willenserklärungen gibt, daß aber in den Fällen, wo eine solche Pflicht anzuerkennen ist, nur eine schuldhafte Verletzung dieser Verpflichtung zum Schadensersatz verbindet; denn wollte man jegliche Verletzung in den Kreis dieser Betrachtung ziehen, so würde man dem im Gesetz nur in ganz seltenen Ausnahmefällen gegebenen Veranlassungsprinzip eine allgemeine Bedeutung zuerkennen, was dem Gesetze und auch der Billigkeit widerspräche.

Es kommt also in erster Linie darauf an, eine solche Pflicht zu finden und zu begründen.

Im § 75 des Entw. z. BGB. war bestimmt: „Ist jemand zur Entgegennahme einer Willenserklärung verpflichtet, so kann die Mitteilung der Willenserklärung durch Vermittlung eines Gerichtsvollziehers geschehen. Daraus ist m. E. zu folgern, daß es sicherlich Fälle gibt, wo eine Verpflichtung zur Entgegennahme besteht. Daraus aber, daß durch § 132 die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher in allen Fällen für zulässig erklärt worden ist, darf m. E. eine allgemeine Pflicht zur Entgegennahme von Willenserklärungen nicht hergeleitet werden. Auch nicht einmal eine nicht klagbare Verpflichtung des Adressaten, wie es z. B. Leoni (S. 69) befürwortet, indem die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher dem Erklärenden stets offen stehe, also überhaupt nicht verweigert werden könnte. Denn § 132 hebt nicht etwa den Unterschied auf zwischen Fällen, wo eine Verpflichtung besteht, und denen, wo es nicht der Fall ist, sondern erklärt den Unterschied nur für die Frage der Zustellung für belanglos. Wann aber solch eine Verpflichtung besteht, lehrt uns weder das Gesetz, noch geben die Motive darüber eine klare Auskunft. Nur an wenigen Stellen, z. B. Bd. 1 S. 100, 161, ist davon die Rede, wo man eine solche Pflicht für die Mahnung und Kündigung annimmt, sie aber S. 160 für Vertragsanträge und einseitige Versprechungen z. B. ablehnt. Auch in der Literatur findet man meist nur den negativen Satz, daß eine allgemeine Pflicht zur Entgegennahme von Willenserklärungen nicht bestehe, so z. B. Dernburg S. 450 Anm. 21; Enneccerus S. 377 Anm. 12; v. Blume S. 15. Zwar ist dem beizustimmen, aber eine für unsere Untersuchung wesentliche Abgrenzung von Fällen, wo eine solche Pflicht besteht, und solchen, wo es nicht der Fall ist, liefert dieser Satz nicht.

Ebensowenig liefert uns Endemann § 66 Anm. 23 Anhaltspunkte für ein Unterscheidungskriterium, indem er im Gegensatz zu der herrschenden Meinung von einer Entgegennahmepflicht als einer Verkehrspflicht spricht, nämlich einer Pflicht, in den Grenzen des geordneten Verkehrs zur Entgegennahme rechtsgeschäftlicher Erklärungen bereit zu stehen! Er beruft sich dabei auf die Einlassungspflicht als ein Seitenstück dieser Entgegennahmepflicht und ersetzt bei letzterer die fehlende Grundlage im Gesetz — während für die erstere die §§ 320 ff. ZPO. über das Versäumnisurteil in Betracht kommen — durch die Berufung auf Treu und Glauben. Daß dieser Grundsatz aber nicht so allgemein verwandt werden kann, haben wir schon oben des näheren erörtert.

Soviel ist aber schon aus dem bisher Gesagten zu entnehmen, daß es Willenserklärungen gibt, die von dem Adressaten entgegengenommen werden müssen.

Im folgenden soll zunächst untersucht werden, wann das im einzelnen der Fall ist. Dabei ist aber vorauszuschicken, daß hier nur beabsichtigt wird, die allgemeinen Grundsätze zur Beurteilung dieser Frage anzugeben, die einzelnen mannigfachen Fälle werden sich aber ohne Mühe unter eine der aufgestellten Gruppen bringen lassen.

Die wenigsten Zweifel erheben sich offenbar bei der Gruppe, wo die Willenserklärungen auf Grund eines bereits zwischen dem Erklärenden und dem Adressaten bestehenden Vertragsverhältnisses abgegeben werden, z. B. bei der Kündigung eines Mietvertrages. Man nehme an, es sei vereinbart worden, die Kündigung solle durch eingeschriebenen Brief geschehen. Sollte hier tatsächlich dem einen nur das Recht eingeräumt worden sein zu kündigen, während der andere sich der Wirksamkeit der Kündigung durch Nichtannahme des Briefes entziehen könnte und dürfte. Das widerspräche den von dem Gesetz selbst gegebenen Auslegungsregeln in den §§ 133 u. 157, wonach bei Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdruckes gehaftet werden soll und wonach Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

In diesem besonderen Falle ist es gerechtfertigt, Treu und Glauben zur Auslegung heranzuziehen, weil es das Gesetz selbst vorschreibt. Wenden wir die Regeln auf unseren Fall an, so ergibt sich, daß der wirkliche Wille darauf gerichtet war, daß im Falle der Kündigung durch Einschreibebrief durch den einen Vertragsteil der andere auch diese Kündigung entgegenzunehmen

sich verpflichtete, während er im Falle der Kündigung z. B. durch einfachen Brief zur Annahme nicht verpflichtet gewesen wäre. Aber mit diesem Beispiel ist nicht etwa gesagt, daß nur im Fall einer besonderen Vereinbarung über die Art der Kündigung eine solche Pflicht bestände, vielmehr muß dasselbe gelten, wenn rechtsgeschäftlich oder gesetzlich irgendeine Art von Kündigung zulässig ist. Zwar möchte ich auch nicht allgemein annehmen, daß der Vermieter z. B. nun an jedem Kündigungstermin persönlich anwesend sein muß, um die Kündigungen seiner Mieter entgegenzunehmen; man muß hierbei auf die besonderen Umstände Rücksicht nehmen. Jedenfalls muß aber ein Vermieter dafür Sorge tragen, daß ihm auf irgendeine Weise, wenn auch nicht mündlich, so doch wenigstens schriftliche Kündigungen zugehen können. Diese Forderung beschränkt m. E. keineswegs die persönliche Freiheit des einzelnen in einer die guten Sitten verletzenden Weise, wie Titze (S. 451) ihr entgegenhält, sondern sie ist geboten als eine unausgesprochene Nebenpflicht der Vertragsbeteiligten (Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des BGB., München 1902, S. 201) und durch die Bedürfnisse des Verkehrs so auch Oertmann, Allgem. Teil S. 405; Dernburg S. 450; Habicht S. 265.

Danach darf die Möglichkeit der Lösung eines Vertrages, die das Gesetz ausdrücklich oder stillschweigend gestattet, durch den Gegner nicht unmöglich gemacht werden, sonst verstößt er gegen seine Vertragspflichten. Zwar spricht das Gesetz nur von Vertragsverletzung infolge Verzugs oder Unmöglichkeit der Leistung, also durch Unterlassen, jedoch ist auch die Verletzung durch ein Handeln in anderer Weise möglich (Staub, Festschr. f. d. 26. DJT. S. 32 ff.; Schöller bei Gruchot Bd. 46 S. 26 ff.; Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands, Berlin 1906, 4. Aufl.). Nach der allgemein herrschenden Meinung hat man jedoch auch in solchem Falle für Vorsatz und Fahrlässigkeit aus der sogen. positiven Vertragsverletzung einzustehen und ist auch nach der allgemeinen Regel der Entschädigungspflicht bei Pflichtverletzungen zum Schadensersatz verpflichtet.

Zu der zweiten Gruppe von Willenserklärungen sind diejenigen zu rechnen, die zwar nicht auf Grund eines Vertrages abgegeben und entgegengenommen werden müssen, wo sich aber die Pflicht zur Entgegennahme aus einem einseitigen Versprechen des Adressaten ergibt. Dazu gehört vor allem die Annahme eines Vertragsantrages. Aus den §§ 145 ff. BGB. folgt, daß der Antragende an seinem Antrag bis zum Ablauf der Frist ge-

bunden sein soll, die dem Antragsempfänger entweder nach Gesetz (§ 147 Abs. 2) oder nach besonderer Bestimmung des Antragenden zur Annahme des Antrages gewährt ist.

Dieses Gebundensein bedeutet m. E. aber nicht allein, daß der Antragende bis zum Ablaufe der Frist den Antrag nicht widerrufen kann, sie gibt auch nicht nur dem anderen das Recht, innerhalb der Frist anzunehmen, sondern sie enthält auch das Versprechen und damit die Pflicht des Antragenden, die Annahme des Antrages entgegenzunehmen.

Wenn v. Blume S. 16 ff. annimmt, Gebundenheit und Verpflichtung des Antragstellers seien nicht selbstverständliche Rechtswirkungen seines Verhaltens und könnten nicht auf seinen Willen zurückgeführt werden und die Vorschriften des § 145 BGB. seien lediglich um der Verkehrssicherheit willen aufgestellt, so ist diese Ansicht nicht zu billigen. Sie führt zu dem mindestens eigenartigen Ergebnis, daß der Antragende zwar nicht widerrufen, wohl aber dieselbe Wirkung des Widerrufes dadurch ersetzen kann, daß er das Zugehen der Antragsannahme verhindert. Auch § 149 BGB., den v. Blume als argumentum e contrario für seine Ansicht verwertet, spricht m. E. gerade dagegen. § 149 geht nicht etwa davon aus, wie v. Blume meint, daß der Vertrag nicht zustande komme, wenn Umstände, gleichviel welcher Art, den rechtzeitigen Zugang der Annahmeerklärung verhindert habe. Er bestimmt vielmehr, daß allerdings der Vertrag bei Verzögerung der Annahmeerklärung durch Umstände, die in der Person des Absenders liegen, nicht zustande kommt, daß aber im Falle, wo ohne Verschulden des Absenders durch unregelmäßige Beförderung — nicht Umstände irgendwelcher Art — das rechtzeitige Zugehen verhindert wird, den Antragenden zwar nicht in der Weise belastet, daß er noch jetzt annehmen muß, daß ihm aber doch selbst in diesem gänzlich von ihm unverschuldeten Falle eine abgeschwächte Entgegennahmepflicht auferlegt ist. Diese besteht in der Verpflichtung zur unverzüglichen Verspätungsanzeige und darin, daß sogar die Annahme als rechtzeitig zugegangen gilt, wenn er die Absendung der Anzeige verspätet. Wieviel billiger und berechtigter erscheint es da nach dem Sinne des Gesetzes, eine allgemeine Entgegennahmepflicht in regelmäßigen Fällen für den Antragenden anzunehmen. Es ist aber auch keine Härte für den Antragenden damit verbunden, da er sich ja freiwillig die Gebundenheit auferlegt, die er nach § 145 ausschließen kann.

Solange der Antragende sein Wort hält, hat er seinem Versprechen noch nicht genügt. Denn er übernimmt mit seinem Antrage nicht allein die Verpflichtung, den Antrag nicht zu

widerrufen, sondern auch dem anderen Teile nicht schuldhaft die Ausführung seines Annahmeentschlusses dadurch unmöglich zu machen, daß er das rechtzeitige Zugehen verhindert.

Dieser Satz muß m. E. sogar entsprechend gelten für den Fall, wo der Antragende seine Gebundenheit ausgeschlossen hat. Denn damit hat er sich nur die Widerruflichkeit seiner Offerte vorbehalten. Solange aber sein Widerruf dem Antragsempfänger noch nicht zugegangen ist, besteht doch während dieser Zeit dieselbe Gebundenheit. Denn auch diese Offerte war mit der Aufforderung verknüpft, darauf zu antworten, und mit dem Versprechen, die Antwort anzunehmen.

Was aber für das Zugehen der Annahme einer Offerte festgestellt worden ist, muß auch in all den Fällen gelten, wo jemand einen anderen zur Abgabe einer Willenserklärung innerhalb einer bestimmten Frist auffordert; denn damit hat er sich auch verpflichtet, die Erklärung entgegenzunehmen. Solche Fälle sind z. B. die Genehmigung des Vertrages eines Minderjährigen durch den gesetzlichen Vertreter, den der andere Vertragsteil dazu aufgefordert hat (§ 108 Abs. 2 BGB.); denn auch hier besteht kein Schuldverhältnis zwischen dem Genehmigenden und dem, welchem gegenüber sie ausgesprochen wird; ferner die Genehmigung der Schuldübernahme (§ 415 Abs. 2 BGB.) u. a. m.

Zu dieser Gruppe möchte ich auch die Willenserklärungen rechnen, zu deren Entgegennahme zwar keine Verpflichtung aus Vertrag oder aus einseitigem Versprechen besteht, wo sich die Pflicht aber aus besonderer gesetzlicher Vorschrift ergibt. Hierher gehört z. B. § 453 HGB., wonach die Eisenbahn den Frachtvertrag nicht ablehnen kann, wenn den vorgeschriebenen Bedingungen Genüge geleistet ist. In dieser Verpflichtung zum Vertragsabschlusse liegt auch eine solche zur Entgegennahme von Willenserklärungen ausgesprochen. Auch die §§ 663, 675 BGB. sind dazu zu zählen. Denn wenn derjenige, der zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist oder sich dazu öffentlich erboten hat, verpflichtet ist, die Ablehnung eines auf solche Geschäfte gerichteten Auftragsantrags unverzüglich anzuzeigen, so folgt daraus mit Notwendigkeit, daß er solche Anträge auch entgegennehmen muß. Da es sich aber um Sonderfälle handelt, so ist eine Ausdehnung dieser Normen nicht angängig (Manigk S. 385), und im allgemeinen dürfte sich also für die Fälle, in denen es sich um die Entgegennahme einer Vertragsantragserklärung handelt, keine Pflicht zur Annahme konstruieren lassen.

Und doch gibt es m. E. noch eine dritte Gruppe von Willenserklärungen, deren Entgegennahme zwar keine Verpflichtung aus einem Vertragsverhältnis, oder aus einem einseitigen Versprechen,

noch auf Grund einer besonderen gesetzlichen Bestimmung besteht, sondern lediglich aus dem rechtlichen Verhältnisse herzuleiten ist, in dem gerade diese Parteien zueinander stehen. Als Beispiel möge der Widerruf des Schenkers dienen (§ 530 BGB.). Hier hat zwar einmal ein Vertrag bestanden, aber er ist bereits durch Erfüllung erloschen. Es ist jedoch eine gewisse Nachwirkung dieses Vertragsverhältnisses vorhanden, aus dem sich die Pflicht herleiten läßt, auch hier die Willenserklärung entgegenzunehmen. Dasselbe meint auch wohl Bekker (Jherings Jahrb. Bd. 49 S. 45), wenn er sagt, „daß je nach den Umständen auch demjenigen, der eine solche Erklärung zu erwarten hat, die Pflicht aufzuerlegen wäre, die Empfangnahme in angemessener Weise vorzubereiten".

Bei dieser Gruppe von Willenserklärungen ist der Schutz des Erklärenden deshalb nicht von solcher Wichtigkeit, da in den meisten Fällen die Möglichkeit rechtzeitiger Wiederholung gegeben sein wird.

Nur da, wo noch keine rechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien bestehen, ist eine Pflicht zur Annahme von Willenserklärungen nicht zu begründen.

So komme ich zu dem Ergebnis, daß eine Pflicht, dafür zu sorgen, daß uns Willenserklärungen zugehen können, dann vorliegt, 1. wenn bereits ein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien besteht, 2. wenn der Adressat ein einseitiges Versprechen gegeben hat, 3. in den vom Gesetz ausgesprochenen Fällen des Kontrahierungszwanges, und 4. überall da, wo schon vor der zugehenden Willenserklärung der Erklärende und der Adressat in irgendwelchen rechtlichen Verkehr getreten sind.

Es erübrigt sich, nochmals darauf hinzuweisen, daß es sich hier nur um gültige und ordnungsmäßig übermittelte Willenserklärungen handeln kann.

Verhindert nun der Adressat in diesen Fällen das Wirksamwerden einer Willenserklärung, so macht er sich einer Pflichtverletzung schuldig und wird, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat, infolgedessen schadensersatzpflichtig. Denn § 276 BGB. bezieht sich nicht nur auf den Schuldner eines Vertragsverhältnisses, sondern auch, wie das RG. Bd. 53 S. 202 m. E. mit Recht annimmt, auf jeden, der vorsätzlich oder fahrlässig seine Pflicht verletzt, auch innerhalb eines nicht vertragsmäßigen Rechtsverhältnisses.

Wie aber Schadensersatz zu leisten ist, ergibt § 249 BGB., wonach von dem Ersatzpflichtigen derjenige Zustand herzustellen ist, der bestehen würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.

Ist also eine an eine Frist gebundene Willenserklärung durch das Verschulden des Adressaten verspätet zugegangen, so ist der Zustand herzustellen, als ob die Willenserklärung rechtzeitig zugegangen wäre. Zwar kann dieser Zustand, wie Planck (S. 237) mit Recht ausführt, nicht direkt hergestellt werden; denn es ist unmöglich zu bewirken, daß die Erklärung noch vor dem bestimmten Termine zugeht; wohl aber kann er unmittelbar herbeigeführt werden, indem der Adressat die Erklärung in ihren Wirkungen so gegen sich gelten lassen muß, als ob sie rechtzeitig wirksam geworden wäre.

Dasselbe gilt auch, wenn die Willenserklärung überhaupt nicht zugegangen ist. In diesem Falle muß aber unter allen Umständen eine sofortige Wiederholung stattfinden, solange bis die Erklärung zugegangen ist und sollte es selbst nach § 132 BGB. geschehen. Denn zweifellos ist das gesetzliche Mindesterfordernis der Wirksamkeit einer Willenserklärung, daß sie zugeht. — So ist auch der Vorschlag von Regelsberger (im Bankarchiv Bd. 9 Nr. 18 §§ 273ff.) und von Krückmann (Verhinderung des Vertragsschlusses, im Recht Bd. 15. S. 56), dem Erklärenden im Falle des fahrlässigen Verhinderns nur eine Anzeigepflicht aufzuerlegen, abzulehnen, weil es doch im Ergebnis auf dasselbe hinausführt, das Gesetz aber Zugehen der Willenserklärung selbst erfordert. — Außerdem ist es gleichgültig, ob die Verhinderung vorsätzlich oder fahrlässig geschieht, in jedem Falle muß dem Adressaten ein äußerlich erkennbarer Tatbestand hergestellt werden, aus dem mit Sicherheit ersehen werden kann, was der Erklärende hat sagen wollen. Und dem ist allein genügt, wenn die Erklärung dem Adressaten zugeht.

Auf die Behandlung der Art und Weise des Schadensersatzes bei den Fällen einzugehen, wo die Wirksamkeit und Willenserklärung an keine Frist gebunden ist, erübrigt sich, weil sie wesentlich dieselbe ist; nur wird hier meist ein wirklicher materieller Schaden aus der Verzögerung der Erklärung entstanden und zu ersetzen sein.

Es bleibt noch übrig den Fall zu untersuchen, wo das Zugehen einer Willenserklärung verhindert wird, zu deren Annahme der Adressat nicht verpflichtet war. Hier kann dem Erklärenden, wie schon bei Besprechung der einzelnen Theorien angedeutet wurde, nur dann geholfen werden, wenn die Verhinderung vorsätzlich zum Schaden des Erklärenden in einer die guten Sitten verletzenden Weise geschehen ist (§ 826 BGB.). Der Schaden ist auch hier wiederum gemäß § 249 BGB. zu leisten. — Dagegen ist bei fahrlässiger Vereitelung in Fällen, wo keine Bereitschaftspflicht besteht, eine Abhilfe nicht möglich, aber auch nicht er-

forderlich; ob man dabei überhaupt von einer Fahrlässigkeit reden kann, erscheint mir übrigens sehr fraglich.

## Ergebnis.

Die vorherigen Ausführungen beziehen sich auf die Verhinderung des Wirksamwerdens einer Willenserklärung überhaupt. Denn was dabei von dem Verhindern des Zugehens einer Willenserklärung gesagt worden ist, gilt in gleicher Weise bei der Vereitelung der Kenntnisnahme oder der Abgabe. Wesentlich ist allein, daß die Willenserklärung in ihrer Wirksamkeit vereitelt wurde, ob dies nun bei der Abgabe oder bei der Kenntnisnahme geschieht, ist gleichgültig. Eine Fiktion ist auch hier, wie sie vielfach für die Fälle des Verhinderns der Kenntnisnahme erfordert wird, nicht begründet.

Die Lösung unseres Problems ist deshalb dahin zusammenzufassen:

Wird die rechtzeitige Wirksamkeit einer Willenserklärung schuldhaft vereitelt, so gilt in der Regel die verspätet zugegangene Willenserklärung als rechtzeitig erfolgt, weil der das Zugehen Verhindernde nach den Grundsätzen der Schadensersatzpflicht den Zustand herzustellen hat, wie er ohne die das rechtzeitige Zugehen hindernde Handlung eingetreten wäre.

---

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

# Lebenslauf.

Am 25. September 1887 wurde ich als Sohn des Fabrikbesitzers Peter Friedr. Mühlhoff und seiner Gemahlin, Elise geb. Engels, zu Remscheid geboren. Nach vierjährigem Elementarschulunterricht besuchte ich von Ostern 1897 bis Ostern 1906 das städtische Realgymnasium in Remscheid, das ich mit dem Zeugnis der Reife verließ. Alsdann bezog ich die Universitäten Marburg und später Heidelberg, um am 6. November 1909 am Kgl. Oberlandesgericht in Cassel die 1. juristische Prüfung abzulegen. Am 4. Dezember 1909 erfolgte sodann meine Ernennung zum Referendar beim Amtsgericht in Lennep. Später war ich bei dem Landgericht und anschließend der Kgl. Staatsanwaltschaft in Elberfeld beschäftigt. Zurzeit bin ich bei einem Rechtsanwalt tätig. Meine Vorbereitungszeit unterbrach ich vom 1. Oktober 1910 bis 1. Oktober 1911, um meiner Dienstpflicht bei der Reitenden Abteilung des 2. Lothr. Feldartillerieregiments 34 zu genügen.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich in Marburg am 17. Januar 1913.

Heinz Mühlhoff.